

JORGE E. VAZQUEZ ROSSI

**DERECHO
PROCESAL
PENAL**

TOMO II
EL PROCESO PENAL



RUBINZAL-CULZONI
EDITORES

Jorge Eduardo Vázquez Rossi

DERECHO PROCESAL PENAL

(La realización penal)

TOMO II

EL PROCESO PENAL

RUBINZAL - CULZONI EDITORES

Talcahuano 442 - Tel. (01) 373-0755 - 1013 Buenos Aires
Tucumán 2644 - Tel. (042) 555520 - 3000 Santa Fe

ISBN 950-727-126-0

RUBINZAL - CULZONI EDITORES
de Rubinzal y Asociados S. A.
Talcahuano 442 – Tel. (01) 373-0755 – 1013 Buenos Aires

Queda hecho el depósito que dispone la ley 11.723

IMPRESO EN ARGENTINA

CAPITULO XI

EL PROCESO PENAL

1. Acción y proceso

Más allá de las discusiones en torno a la naturaleza jurídica y características de la acción, puede convenirse en que la misma opera como el impulso que pone en movimiento y desarrolla la serie de actos que denominamos proceso, entendiendo por tal el mecanismo que conduce a la aplicación del Derecho sustantivo al caso y sujeto concretos. La acción es la instancia que, proyectándose sobre el accionado, tiende a la obtención de una decisión sobre el caso sometido. Y habida cuenta de que tal decisión se da luego de una particular sucesión de actos que denominamos proceso, lo propio y más significativo de la acción es su carácter promotivo del proceso.

De ahí entonces que en un orden lógico, luego de habernos ocupado de la acción corresponde que ahora consideremos aquello que la misma pone en movimiento y funcionamiento, esto es, el proceso, que de modo somero podemos entender como el conjunto de averiguaciones y discusiones dirigidos a la aplicación de la norma sustantiva general a la situación singular realmente acontecida.

Al mismo tiempo, cabe recordar que ya se ha estudiado

la incidencia que la potestad de acción tiene sobre la configuración procesal. La titularidad de su ejercicio, es decir, el órgano y/o sujeto legitimado para abrir y mantener la instancia, determina, al igual que sus facultades y funciones, el tipo de procedimiento. Al respecto, conviene tener en cuenta todo lo ya tratado en orden a los sistemas procesales (supra, t. I, Cap. V), lo que permite advertir sin esfuerzo la incidencia de la cuestión. En tal sentido, cabe señalar que sólo ampliando con exceso de flexibilidad el concepto de proceso se puede llevar a ubicar dentro del mismo fenómenos tan disímiles como las configuraciones acusatoria e inquisitiva que, en verdad, muy pocos rasgos comunes mantienen, al no ser el similar de concluir en una decisión. En este aspecto cabría atribuir razón a quienes sostienen que, de modo estricto, el único fenómeno que se ubica dentro del concepto de proceso, como relación dialéctica de dos ante un tercero imparcial, es el acusatorio.

Pero señalado lo anterior, es indudable que en la realidad histórica contemporánea, por no hablar de las raíces inquisitivas que todavía perduran con una fuerza y obstinación mayor que la deseable, el proceso penal —que por común dista de responder a las pulcritudes teóricas de la respectiva construcción— presenta rasgos ambiguos, principalmente derivados de la preponderancia investigativa y de la necesidad de una etapa preparatoria del juicio propiamente dicho, lo que en definitiva no es sino consecuencia del carácter público y oficial de la acción penal que, a su vez, deriva de la potestad punitiva como emanación de la soberanía estatal.

De tal modo, el proceso penal del que hablaremos es el que aparece como consecuencia de la acción penal pública y que, tal cual es regulado en la mayoría de los digestos, responde en lo fundamental al esquema que se conoce como *sistema mixto*.

2. Consideraciones generales. Proceso y procedimientos

Todo lo considerado en el tomo anterior y lo que posteriormente desarrollaremos gira, en definitiva, en torno de la idea de implementación del proceso. Al mismo tiempo, puede afirmarse que este fenómeno constituye el objeto central y preponderante de la materia que conocemos como Derecho Procesal.

Pero, ¿de qué hablamos al hacerlo del proceso penal? ¿A qué se refiere, dentro del contexto jurídico, la expresión “proceso”? ¿Cuál es la distinción entre “proceso” y “procedimientos”? ¿Estamos refiriendo la expresión a una realidad perceptible de funcionamiento institucional, a una regulación normativa concreta o a una categoría conceptual?

El interrogante parecería en principio ocioso, toda vez que es notoria la amplia bibliografía sobre el tema. Pero, precisamente, es lo atinente a tan vasta producción lo que ha generado una indudable confusión, que exige la delimitación que se propone, ya que muchas veces ocurre que se toman en cuenta perspectivas de abordaje que mezclan, sin aclarar debidamente, los diferentes niveles de análisis. Y como bien se sabe, el primer requisito de una búsqueda cognoscitiva que se pretenda científica es el “determinar el exacto sentido de nuestra pregunta”¹.

En la realidad social nos encontramos con determinadas instituciones (tribunales) y con ciertas personas (jueces, fiscales, abogados) que operan de modo específico, realizando en ciertos sitios actos dirigidos a averiguar y discutir si a algunos individuos, sindicados como autores de infracciones a la ley penal vigente, se los declara culpables y se manda aplicarles una sanción de diversa gravedad. Ese conjunto de actos, que aparecen desde el punto de vista fáctico como apre-

¹ BUNGE, Mario, *La ciencia, su método y su filosofía*, Sudamericana, Buenos Aires, 1995, p. 73.

samientos, citaciones, notificaciones, audiencias, diligencias probatorias, etcétera, y que a veces se concretan en registros y otras se realizan oralmente, todo con determinadas formalidades, se encuentra regulado por disposiciones preceptivas, por lo común organizadas con relativa coherencia, a las que se ajustan más o menos fielmente los protagonistas.

El análisis de este conjunto de operaciones puede y debe realizarse desde un punto de vista realista que, por definición, se centra en lo que es y, por ende, exige la consideración empírica de esos modos de actuación.

Pero es evidente que tales comportamientos, con mayor o menor fidelidad, responden a prescripciones específicas que establecen pautas de comportamiento que dan sentido a los actos que ejecutan los sujetos que operan el sistema actuando dentro del mismo y ejecutando —a la manera de un drama— sus respectivos papeles.

Si enfocamos globalmente esa actividad regulada, veremos que responde a una secuencia prefijada, donde primero se hacen algunas cosas y luego otras, para arribarse finalmente a una decisión, todo lo cual se encuentra respaldado por manifestaciones de poder, a veces de expresión coactiva.

De tal modo, podemos tener en claro que hay una realidad perceptible y que la misma se encuentra estructurada mediante disposiciones normativas.

A tal realidad, entendida de un modo general y que acen-
túa los aspectos de desarrollo secuencial que conducen gradualmente al pronunciamiento final, la denominamos como “proceso”, pudiendo proponer la caracterización inicial de que es el método vigente para determinar la aplicación de disposiciones sustantivas a los casos e individuos concretos. Y si dirigimos nuestro estudio hacia ese diseño normativo, nos encontraremos dentro de la particular zona de conocimiento que es lo jurídico y que ya hemos definido al hablar de lo que se entiende como Derecho Procesal.

De igual modo, habida cuenta de que resulta obvio que cuando estudiamos el Derecho Procesal Penal de lo que en definitiva tratamos es del proceso penal (lo que surge claramente de los trabajos sobre la materia, incluso de los títulos empleados), resulta imprescindible aclarar una noción que aparece como fundamental en orden a la acotación de la zona de reflexión.

Recorriendo las diferentes obras podemos advertir que se habla alternativa o indistintamente de un concepto, de una estructura normativa, de una descripción de determinados mecanismos de actuación, de una realidad institucional o de un ente abstracto, definible por características de necesidad lógica.

Puede sintetizarse esa diversidad en la distinción derivada del uso de los términos “proceso” y “procedimientos”, que a pesar de su aparente similitud y, en ocasiones frecuentes, de su utilización sinónima, responden a muy diversas perspectivas de abordaje de la cuestión.

El término “proceso” aparece en gran medida ligado a los esfuerzos desplegados por construir una teoría abarcativa de todas las manifestaciones de índole realizativa lo que, precisamente, se conoce como “teoría del proceso”, en la que las notas definitorias serían el énfasis en el carácter autónomo y específico de la regulación normativa y de los estudios al respecto.

Puede pensarse que esa teoría surgió, como acontece en diversos órdenes del conocimiento, de una generalización de los datos empíricos dados por la observación de los mecanismos existentes en la realidad social para dirimir conflictos entre particulares, avanzándose gradualmente hacia la formulación de categorías abstractas que se postulaban como lógicamente necesarias y universalmente aplicables.

En cambio, pareciera que la utilización de la palabra “procedimiento” aludiera a modos de actuación, a las maneras

de desarrollo que se disciplinan para arribar a la decisión, con subordinación a las prescripciones particulares de cada ordenamiento.

En el sentido apuntado, el término proceso implica una conceptualización, una categoría abstracta², mientras que procedimiento apunta hacia los mecanismos rituales, hacia las maneras de actuación establecidas para las diversas situaciones previstas. Esta es la idea que expone Clariá Olmedo, para quien la noción de proceso aparece como de índole teórica, de carácter sistemático, mientras que la de procedimiento presenta contenidos mayormente prácticos, pudiendo entenderse como sinónimo de rito, trámite o modos prescriptos de actuación³.

Con estos elementos estamos ya en condiciones de proponer que la primera de las palabras indica la generalidad del fenómeno que conduce a la aplicación del Derecho sustantivo al caso concreto, el que se conforma con diferentes modos de actuación o procedimientos particulares, tales como el correspondiente a la investigación preparatoria, la etapa intermedia, el juicio, los recursos, etcétera, cada uno de los cuales se concreta como modo de actuación para los fines específicos de los mismos que, a su vez, corresponden al fin general del proceso.

3. El concepto de proceso

Lo antedicho se comprende mejor si reparamos en que ese peculiar fenómeno jurídico que se denomina proceso implica postulaciones, acreditaciones, alegaciones y decisiones.

² CLARIA OLMEDO, Jorge A., *Derecho Procesal*, Depalma, Buenos Aires, 1982. En t. I, p. 126, se lee: "...el proceso judicial se nos presenta técnicamente como una abstracción de la ley. Esta prevé hipótesis de conductas que integran una sucesión de actividades que deben o pueden cumplirse conforme a un orden metódico y en persecución de un resultado, estableciendo las condiciones, formas y modos necesarios para su eficacia y las consecuencias de su inobservancia".

³ CLARIA OLMEDO, *Tratado...* cit., t. I, p. 386.

Esto puede entenderse como una caracterización general aplicable con prescindencia de la materia sustantiva de que se trate y de las diferentes regulaciones particulares que disciplinan la cuestión. En este aspecto, no puede discutirse que la dirección seguida por los estudios que han abogado por la construcción de una teoría general del proceso han efectuado aportes relevantes, destacando la idea de dinamismo inherente al término e, igualmente, desentrañando nociones genéricas que hacen a toda configuración realizativa.

En este sentido, es un dato de realidad (acentuado por el mismo sentido etimológico de la palabra) que lo propio de lo procesal se encuentra en el hecho de un suceder, de un acontecer, de un desenvolvimiento o secuencia que, desde un inicio, recorre pasos prefigurados hasta arribar a una resolución conclusiva⁴ que pone fin a la serie, entendiendo por tal “el conjunto de elementos relacionados entre sí y que se suceden unos a otros”⁵. Pero tal sucesión no se efectúa de un modo arbitrario, sino que, por el contrario, responde a pautas determinadas y a un orden establecido, dentro del cual cada momento tiene un lugar y relaciones fijas con los restantes elementos. Por eso podemos hablar de una secuencia dentro de una estructura, idea que encuentra corroboración empírica sencilla mediante la simple operación de considerar cualquier digesto procesal y advertir que el conjunto de sus disposiciones disciplinan las diversas alternativas previstas para los modos de actuación, los que, a su vez, al funcionar en la realidad, concretan el suceder de los diversos momentos prefijados. De ahí entonces que, como en su momento lo vio Oderigo, cabe diferenciar un enfoque *estático* del proceso y otro *dinámico* o secuencial del mismo fenómeno⁶. Pero ambas perspectivas confluyen en torno a una peculiaridad relevante que es la de

⁴ La idea expuesta ha sido especialmente destacada por Briseño Sierra.

⁵ ALVARADO VELLOSO, ob. cit., p. 234.

⁶ ODERIGO, Mario, *Derecho Procesal Penal*.

convertir lo general y abstracto de la ley sustantiva en una norma particular dirigida a resolver hechos concretos y singulares realmente acontecidos, es decir, *realizar* el Derecho vigente, decidiendo sobre el sentido aplicativo de las normas de fondo y estableciendo las consecuencias de las mismas.

En esta inteligencia se ha destacado que la noción de proceso es la de un medio o instrumento necesario para la actuación del ordenamiento jurídico⁷.

Es sabido que la palabra "proceso", como tantas otras de uso jurídico, deriva del término latino *processus* cuya idea es la de progresión, secuencia ordenada de actos, avance desde un principio hacia un fin. El empleo del término con el sentido apuntado se encuentra en el habla común y es también usado en diversas disciplinas científicas, pero en el campo del Derecho se relaciona íntimamente con la manifestación del poder jurisdiccional. En tal perspectiva, debe entenderse como el desenvolvimiento de determinados actos, llevados a cabo en momentos, tiempo y requisitos determinados, mediante los cuales órganos estatales predispuestos a ello, declaran y realizan las disposiciones de las normas sustantivas en relación al caso singular o controversia suscitada.

Así el proceso aparece como un camino a recorrer hacia el fin de la sentencia. Dentro de este terreno se patentiza la unión o vinculación de la generalidad abstracta de la norma sustantiva (regulación de supuestos y consecuencias de la vida de relación) con el suceso histórico, es decir, el plano o nivel de *deber ser* con el *ser*.

Puede entenderse que a través del proceso se logra una particularidad (la norma aplicada al caso) que es una síntesis de la generalidad (norma sustantiva) con la singularidad (hecho acontecido).

La peculiaridad de lo jurídico cobra así toda su dimensión,

⁷ CARLOS, Eduardo, *Proceso*, en Enciclopedia Jurídica Omeba, t. XXIII; del mismo autor, *Introducción al estudio del Derecho Procesal*, Ejea, Buenos Aires, 1959.

ya que se manifiesta como una autorrealización que va desarrollándose hasta la determinación final que establece el sentido de la prescripción y las consecuencias de su cumplimiento o incumplimiento.

La mayor parte de la doctrina ha destacado con acierto la nota de dinamismo inherente al fenómeno procesal que, como ya dijimos, aparece como una secuencia ordenada, establecida por un conjunto de normas que disciplinan esos actos⁸. Del mismo modo, se ha relacionado de modo estrecho al fenómeno procesal con la *función jurisdiccional* o potestad de administrar justicia que se manifiesta a través de la sentencia, la que a su vez se dicta como consecuencia y en relación a la tramitación procesal, puesta en marcha mediante la acción.

Sobre la base de lo señalado podemos concluir que, en general, el proceso es el fenómeno jurídico mediante el cual, sujetos habilitados para ello, determinan la aplicación del Derecho sustantivo en situaciones concretas en las cuales tal normatividad se ha postulado controvertida o inobservada, recurriendo a procedimientos de acreditación y alegación con miras a la decisión que, de modo vinculante, dictará el órgano jurisdiccional. Se trata de un sistema legalmente establecido que a través de los órganos judiciales y con la intervención de sujetos habilitados u obligados, estructura una secuencia de actos que se desarrollan ordenadamente hacia la obtención del pronunciamiento jurisdiccional que determina coactivamente la aplicación al caso de la normatividad sustantiva pertinente.

4. La función del proceso

Cabe interrogarnos sobre las razones que explican la exis-

⁸ Es correcta la definición que propone CARLOS, Eduardo, ob. cit.: proceso es "un conjunto de actos concatenados entre sí, desarrollados ordenada y progresivamente por las partes y el órgano jurisdiccional, dirigidos a obtener una decisión que actúe el Derecho positivo a un caso concreto y singular".

tencia de este particular fenómeno social que denominamos proceso.

Desde el punto de vista de su inserción dentro del ordenamiento jurídico, desempeña el importante y fundamental papel de vinculación entre lo general y lo singular al que nos referimos en el punto precedente. Al respecto, es sabido que, por lo común, las disposiciones sustantivas se cumplen de modo espontáneo dentro de la vida social: el inquilino paga el precio del alquiler y el locador otorga el uso de la cosa locada; las empresas de transporte llevan a sus pasajeros al destino previsto y el producto que adquirimos en el supermercado nos es entregado; igualmente, afortunadamente, en la gran mayoría de los casos los individuos no se matan los unos a los otros, ni se violan, injurian o estafan. Pero cuando en esa realidad cotidiana ocurre que se postula que ha habido un apartamiento real de lo debido y alguien sostiene que el deudor no ha pagado o que el pago no corresponde porque, a su vez, no se ha cumplido con las disposiciones contractuales, o que lo decidido en una asamblea societaria es nulo por graves defectos en su convocatoria, o que alguien ha abusado perjudicialmente de la buena fe mediante un ardid, o el funcionario ha incumplido dolosamente con sus deberes públicos, se presenta de manera objetiva una situación de conflicto que puede enfocarse tanto respecto de los directamente involucrados entre sí, como de éstos respecto de los mandatos normativos. Por supuesto que en algunas situaciones (ámbito de disponibilidad) el conflicto puede superarse o solucionarse de manera directa entre los interesados, pero cuando tal cosa no acontece o bien el problema necesariamente (indisponibilidad) debe ser resuelto por la autoridad oficial, se recurre al proceso judicial.

Dado que por definición las normas pueden ser violadas y que con frecuencia la generalidad de su sentido prescrip-

tivo necesita de una interpretación dentro de la cual se abarque la pertinencia a la situación fáctica, es preciso contar con un mecanismo que lleve a la determinación de lo que corresponda, poniendo fin a la situación de incertidumbre respecto de las consecuencias que derivan de los hechos motivadores.

Esta exigencia de seguridad que, por otra parte, tiende a excluir los riesgos de arbitrariedad inherente a toda reacción inmediata o los desbordes y peligros de la justicia por mano propia, ha sido debidamente puesta de relieve por la doctrina, la que igualmente ha destacado que la función jurisdiccional es una de las más relevantes del Estado y la que aparece desde tiempos primitivos en toda organización social con un relativo grado de estabilidad y organización.

En este sentido, es también conveniente relacionar la actividad procesal, la institución judicial y la decisión jurisdiccional, especialmente en materia penal, con lo que se conoce como *control social formal*. En tal aspecto, puede pensarse que mientras la normatividad sustantiva establece pautas de conducta que guían los comportamientos de los individuos y les otorgan la dirección deseable, cuando el comportamiento real aparece como apartado de esa línea, se produce la reacción o respuesta que impone la sanción, cuya más grave manifestación es la punitiva. Pero para determinar la procedencia de la misma, es necesario el recorrido de mecanismos averiguativos, probatorios y alegatorios que permitan establecer los supuestos fácticos y jurídicos del caso. La decisión y posterior ejecución, hecha con fuerza coactiva por el órgano jurisdiccional, aparece así como expresión del poder estatal que afirma la vigencia de su orden jurídico y somete a los involucrados a las consecuencias previstas.

Si partimos de la idea de que el Derecho en general es una creación social que disciplina de modo formalizado e institucionalizado reglas de convivencia que posibilitan y otorgan

previsibilidad en la libertad a la vida en común, regulando los diversos supuestos de las relaciones intersubjetivas, advertiremos sin esfuerzo el *sentido instrumental* de ese ordenamiento que no es un “algo en sí” sino un conjunto contingente, históricamente variable y condicionado por factores de poder que, de modo explícito o implícito, buscando razones legitimantes en la religión, la naturaleza humana, la tradición, la ética, la moral positiva, el bien común, los intereses del Estado, etcétera, promulga y mantiene disposiciones que responden a un determinado modelo social que, en el caso del Estado Democrático de Derecho, se definen en el texto y espíritu constitucional.

Ahora bien: si tal ordenamiento, enfocado de un modo genérico, tiene ese carácter instrumental, la función procesal es, precisamente, la de ser un instrumento del instrumento. Así, la cuestión realizativa quiere su plena dimensión de mecanismo al servicio del cumplimiento y coherencia del orden jurídico, procurando que la validez se convierta en vigencia a través de la mediación procesal.

Los aparatos judiciales son una concreción institucional del poder estatal y clara manifestación de los mecanismos formales de control del Estado sobre sus súbditos.

De igual modo, en el Estado Democrático de Derecho se da una exigencia de racionalidad en los actos de gobierno y, por ende, la decisión conclusiva debe necesariamente ajustarse a una debida fundamentación que tiene que guardar congruencia con los hechos y con la interpretación de las normas, por lo que el proceso adquiere la dimensión del escenario necesario del debate jurídico con miras a la correcta aplicación del Derecho vigente, garantizando niveles de previsibilidad que, a su vez, repercuten en una relativa seguridad que, de responder a pautas correctas, contribuye al afianzamiento de la justicia.

De tal modo, con todas las limitaciones que un conoci-

miento de la realidad produce y sin incurrir en retóricas al-tisonantes, podemos suponer que el proceso cumple una función de instrumento para el logro de la justicia.

5. El proceso penal

Sin embargo, como ya lo consideramos al estudiar lo atinente al Derecho Procesal Penal, es indudable que de la noción genérica de proceso, en gran parte derivada de estudios que se basaron de modo preponderante en el proceso civil, es preciso avanzar hacia lo propio del proceso penal que, sin duda alguna, presenta notas determinantes que exigen atención y que marcan diferencias, tanto en su caracterización como en su función, todo lo cual requiere de un tratamiento diferenciado, el que básicamente se justifica por el carácter público de la promoción y desarrollo, por la indisponibilidad material, por el predominio averiguativo y por los constreñimientos a que son sometidos los intervinientes, con especial relación al accionado, todo lo cual otorga características diferentes a la cuestión, las que se acentúan tanto por la necesidad de particulares requisitos garantistas como por la función real que los procedimientos cumplen como manifestación del control social formal⁹.

De igual modo, es sabido que durante considerable tiempo la legislación procesal latinoamericana, de atrasado nivel técnico y de fuertes influencias del colonialismo inquisitivo, distó de adecuarse a la noción teórica de "proceso", y aunque no puede desconocerse que ha habido avances considerables, ciertamente la evolución necesita de un fuerte y mantenido impulso.

Por otra parte, ya vimos al estudiar las características del Derecho Procesal Penal y su íntima vinculación con el Derecho Penal de que forma parte (supra, t. I, Caps. I y II),

⁹ BUSTOS RAMIREZ, Juan, *Manual de Derecho Penal*, PPU, Barcelona, 1994, Cap. I.

hasta qué punto los problemas específicos de los ordenamientos rituales obedecen no a cuestiones procesales, sino a cuestiones propias y modos de actuación y de funcionamiento del sistema penal.

Una primera aproximación obvia al proceso penal nos permite circunscribirlo como el método establecido y empleado para determinar la responsabilidad de individuos concretos respecto de hechos definidos como infracciones delictivas por la ley sustantiva (*principio de legalidad*), lo que tiene incidencia directa no sólo respecto de la decisión, sino de la misma promoción, ya que no puede iniciarse una causa penal sino por hechos que, en principio, se ajusten a las descripciones de figuras de la parte especial de los códigos penales.

En un segundo nivel de análisis, puede decirse que es el conjunto de actos que órganos y sujetos determinados llevan a cabo a partir de la noticia de un suceso de apariencia delictiva que provoca la acción como promoción y desarrollo, para arribar a una decisión final y vinculante que resuelve sobre la procedencia de una pretensión punitiva, que sólo puede válidamente imponerse como consecuencia del *juicio previo* o debido proceso (*garantía de judicialidad*).

Dentro de nuestro ordenamiento de base constitucional, el proceso penal aparece como el método legal y necesario, ajustado a requisitos estrictos, para determinar, a través de la investigación y discusión, si en el caso cabe la imposición de una sanción punitiva. Esto es consecuencia del expreso mandato de la Constitución Nacional, pactos internacionales y constituciones provinciales, que condicionan la imposición de una condena penal al *juicio previo*; esto es, a un debate en el que la acusación pueda ser contradicha por la defensa, se presenten pruebas y se alegue antes de la decisión tomada por los juzgadores designados de acuerdo con los requerimientos constitucionales (*jueces naturales*).

De tal forma podemos tener en claro que dentro de nuestro ordenamiento normativo, el proceso penal no es cualquier conjunto de procedimientos, sino que debe responder –por razones de validez– al paradigma constitucional, cuyas características y derivaciones nos ocuparon en el anterior volumen, correspondiendo remitirse a lo antes considerado que, obviamente, presenta puntual aplicación para el análisis del proceso como *debido* proceso (supra, t. I, Caps. VII y VIII).

Para comprender mejor la importancia de lo señalado, es oportuno recordar la evolución histórica en torno a esta cuestión, ya que los métodos procesales ocurridos a partir del predominio del sistema inquisitivo generaron huellas imborrables, las que aún no han desaparecido del todo y siguen marcando líneas de discusión.

6. El proceso penal en la historia

Las consideraciones sobre lo que *debe ser* el proceso no pueden perder de vista la realidad social de este peculiar mecanismo, es decir, lo que el proceso penal *ha sido* y es verdaderamente. Toda consideración sobre el tema debe partir de datos verificables que atiendan principalmente a los modos de funcionamiento de la justicia punitiva.

El punto ya ha sido considerado al estudiar los *sistemas procesales* (supra, t. I, Caps. III y V) pero es oportuno reparar en que el fenómeno aplicativo ha aparecido como el aspecto preponderante y manifiesto del sistema penal, al extremo de que resulta difícil establecer, en muchas ocasiones, una diferenciación entre el Derecho sustantivo y el Procesal, entre los constreñimientos de la causa y la pena propiamente dicha.

Como manifestación de poder, la configuración y actuación procesal reflejan el grado de evolución cultural de una socie-

dad determinada, los valores que la conforman y las zonas de libertad¹⁰.

A lo largo de la historia, han sido muchos los enjuiciamientos que sometieron a destacados personajes a los pesados engranajes de aparatos de justicia que muy poco tuvieron que ver con el cumplimiento de las pautas de ese valor. Es conocida una obra que analiza los procesos seguidos a Sócrates, Catilina, Jesús, los templarios, Juan Hus, Juana de Arco, Galileo, Luis XVI, Dreyfus, los acusados del incendio del Reichstag, las purgas stalinianas, etcétera¹¹, a los que podríamos agregar las causas contra el librero Dolet, al médico Servet, el filósofo Giordano Bruno y tantos otros cuyos únicos delitos era el de un pensamiento diferente al imperante dentro de sus respectivas épocas. Pero al lado de estos famosos y destacados, muchos otros anónimos e insignificantes, pobres mujeres desquiciadas acusadas de brujas, alienados a quienes se creía endemoniados, vagabundos imputados de cualquier crimen, moros, judíos, conversos, homosexuales, adúlteros y toda una interminable galería de proscritos¹².

¹⁰ BETTIOL, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Penal y de Derecho Procesal Penal*, trad. de Gutiérrez-Alviz, Bosch, Barcelona, 1977. En p. 175 dice: "No hay apenas institución del proceso penal que no revele su intrínseca naturaleza política y no sea, por lo tanto, la expresión de una idea que supera la realidad referida a la praxis y la explique en términos de orientación cultural".

¹¹ DEMANDT, Alexander, *Los grandes procesos*, trad. de E. Gavilán, Crítica, Barcelona, 1993.

¹² Dice Margherite Yourcenar (*Opus nigrum*, ps. 245/46): "Uno se acostumbra a la ferocidad de las leyes de su época lo mismo que acaba por acostumbrarse a las guerras suscitadas por la necesidad humana, a la desigualdad de las condiciones, a la pésima policía de las carreteras y a la incuria de las ciudades. Daba por descontado que podían quemarlo en la hoguera [...] del mismo modo que lo hacían por leer la Biblia en lenguaje vulgar. Aquellas leyes, inoperantes por la misma naturaleza de lo que pretendían castigar, no afectaban a los ricos ni a los poderosos de este mundo: el nuncio, en Innsbruck, presumía de haber escrito unos versos tan obscenos que hubieran llevado al tostadero a un pobre fraile; jamás se vio que un gran señor fuera arrojado a las llamas por haber seducido a su paje. Se cebaban en los individuos menos importantes..."

A partir del momento en que surge dentro de los países occidentales el monopolio estatal de la función judicial y el consecuente funcionamiento de órganos oficiales predispuestos no sólo para la decisión sobre casos penales, sino también para la investigación de los hechos concernientes al pronunciamiento, el proceso penal adquiere la dimensión de punto central de los métodos punitivos y se acentúan los aspectos más sombríos. Sobre la base de la idea del delito como desobediencia, y de la acción y la pena públicas, se estructura un complejo aparato, crecientemente tecnificado (lo jurídico como un lenguaje y saber específico) y de índole oficial, respaldado por el poder o, más bien, su manifestación privilegiada.

Hacia el siglo XV el proceso inquisitivo se encontraba ya plenamente desarrollado y vigente en la enorme mayoría de los países europeos, habiendo sustituido casi por completo las formas acusatorias forales altomedievales¹³.

Los procedimientos iniciados de oficio y con un neto carácter autoritario, se orientan a la averiguación de lo oculto o disimulado, a los hechos y a sus motivaciones, procurándose obtener “la verdad real” y no la sostenida por los involucrados, por lo que se potencia todo lo concerniente a la investigación y, consecuentemente, se abandona la discusión, la publicidad, el concepto de partes y se agudiza el predominio y las manifestaciones del poder institucionalizado¹⁴.

De hecho, el proceso penal deja de ser un método para determinar si corresponde la sanción, para convertirse en un instrumento punitivo, tan gravoso como las mismas penas

¹³ TOMAS Y VALIENTE, Francisco, *El Derecho Penal de la monarquía absoluta*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 155.

¹⁴ TOMAS Y VALIENTE, ob. cit., p. 157: “El procedimiento penal inquisitivo ha sido siempre un arma autoritaria e intimidativa, tanto cuando quien lo ha esgrimido ha sido el Estado como cuando fue ampliamente utilizado por la Iglesia. Todas las cortes europeas bajomedievales comienzan a emplear el *ius puniendi* como arma política: por ello es lógico que en todas ellas arraiga el procedimiento penal inquisitivo dentro de las respectivas jurisdicciones reales ordinarias”.

en que terminaba. La idea de imparcialidad, que conceptualmente se identifica con la de jurisdicción, luce ausente, ya que el juez era en realidad la parte que sostenía la incriminación y que trabajaba para acreditarla, recurriendo a todos los medios para alcanzar esta finalidad predeterminada; el procedimiento era sólo la confirmación ritual de una hipótesis de culpabilidad, por lo que resultaba lógico que se limitase hasta hacerlo desaparecer el derecho de defensa, se desconociese toda idea de garantía y se forzase la confesión como culminación de la averiguación.

Resulta evidente que el procedimiento inquisitivo nada tiene que ver con la noción de "proceso", quedando fuera del concepto doctrinario respectivo.

No extraña entonces que, como ya anteriormente lo consideramos, estos procedimientos provocaran en el pensamiento ilustrado de la Modernidad crecientes críticas, cuya culminación supo exponer con acertada síntesis Beccaria. Los grandes cambios políticos producidos a fines del siglo XVIII y en el XIX modificaron en Europa el sistema de enjuiciamiento, lo que se concretó principalmente en la estructuración de garantías para el imputado y en el establecimiento de una instancia de debate partivo, al igual que las grandes modificaciones en la definición de las infracciones punibles y en la aplicación de la pena pública, haciendo surgir el sistema penal contemporáneo.

Pero no puede desconocerse que aun en nuestros días el proceso penal tiene fuertes contenidos punitivos y que de hecho opera en muchas situaciones como un método de control más que de auténtica determinación.

El diseño del denominado "sistema mixto" apareció en lo básico como una solución de compromiso entre las concepciones inquisitiva y acusatoria, generando un tipo de proceso que presenta la particularidad de su desarrollo en etapas diferenciadas.

7. Las etapas del proceso penal

El antedicho aspecto secuencial se hace especialmente notorio dentro del proceso penal actual. Conforme ha sido regulado a partir de la configuración del sistema mixto, es fácil advertir la existencia de etapas diferenciadas y dentro de ellas, de momentos que van implicando definiciones y avances.

Como ya fue estudiado en orden a la acción, la opción por la de carácter público y oficial, unida a las características propias de los hechos penales, hacen necesario un primer momento fuertemente investigativo. Así hay una inicial configuración procedimental dirigida a determinar todo lo concerniente al hecho ocurrido y a sus autores. Aparece como un aspecto propio del proceso penal, al que en mucho contribuye a caracterizar, dándole una especial impronta y suscitando la mayor parte de los problemas específicos que ocurren en torno suyo.

Como es sabido, esta etapa aparece ligada en sus orígenes al sistema inquisitivo, del que es heredera directa y sus componentes guardan estrecha relación con los principios de oficialidad, investigación y no contradicción. Por lo común se concreta a través de registros escritos de las actuaciones, los que invisten carácter de reserva.

La finalidad de la etapa se orienta hacia la recopilación de aquellos datos relevantes que hacen a la reconstrucción del suceso postulado como delictivo, a la incorporación de las constancias pertinentes, al aseguramiento de pruebas, personas y bienes y a la determinación del o de los imputados, todo con miras a la fundamentación de la posterior acusación pública o, en su caso, a la decisión de sobreseimiento.

Tradicionalmente esta etapa mereció el nombre de *instruccionaria*, estando a cargo de un juez de instrucción, dotado de amplias facultades discrecionales y con limitada intervención de las partes, lo que actualmente se conoce como *instrucción formal*.

Sus características responden a las del sistema inquisitivo, esto es, a la reserva de las actuaciones, al escriturismo (los actos se vierten en actas), a la discontinuidad, al neto predominio investigativo, a la ausencia de debates y a la confusión entre la acción y la jurisdicción. Durante su transcurso se produce la determinación de las principales constancias de la causa, se individualiza el o los imputados y se concretan medidas asegurativas personales y reales. Todo ello constituirá las bases sobre las que se elaborará la requisitoria fiscal de elevación o remisión a juicio.

El modelo de la instrucción formal se introdujo en el Derecho Procesal Penal argentino con el Código de la Provincia de Córdoba de 1939, que se inspiró en el de Italia de 1913 con las reformas de 1930 (*supra*, t. I, Cap. IV, punto 5).

La tendencia más adelantada sustituye la instrucción formal por la *investigación penal preparatoria*, en la que es la fiscalía, como órgano titular de la facultad de acción pública, la encargada de desarrollar la tarea investigativa previa a la acusación y de seleccionar los elementos probatorios de que habrá de valerse durante la etapa del juicio. Este sistema aparece configurado en la Ordenanza Procesal Penal alemana de 1879 y actualmente ha sido adoptado por los diseños procesales de Italia y Portugal entre otros países europeos y, en nuestro país, por los Códigos de Córdoba y Tucumán, amén de importantes proyectos.

Pero cualquiera fuere el método elegido, es indiscutible que dentro del proceso penal moderno el procedimiento de índole instructorio o, más correctamente, las investigaciones previas al juicio, constituyen un momento específico y de particular importancia, sin equivalente en el orden realizativo civil.

Allí se acentúa lo relativo a la investigación oficial y el predominio de la autoridad pública respecto de los individuos, toda vez que ése será el momento de las mayores incorpora-

ciones probatorias y dentro del cual se producirán las medidas asegurativas de cosas y personas.

Ahora bien: dentro del proceso mixto, esa tarea tiene como único fin válido el de fundamentar la acusación pública que sostendrá la fiscalía y sobre cuya base se abrirá la etapa del juicio o contradictorio. Para enlazar ambos momentos que, como se señaló, se encuentran gobernados por principios diferentes, los códigos modernos disciplinan una *etapa intermedia*, que es conocida también como de crítica instructoria o de análisis del mérito de la acusación, y ello tanto dentro del esquema de la instrucción formal, como –aun con mayor necesidad– cuando la investigación preparatoria ha estado a cargo del Ministerio Público.

Maier ha señalado¹⁵ que el juicio público es un conjunto de actos de tanta importancia y trascendencia, para los involucrados y para la sociedad, que debe ponderarse con cuidado todo lo relacionado con su apertura, tomando en cuenta las razones de mérito y formales que determinen su procedencia.

Admitida que fuere la acusación, se abre la etapa *del juicio* cuyo momento fundamental es la audiencia de debate que, por mandato constitucional, debe ser pública y oral. En ella las partes introducirán y valorarán la prueba y expondrán sus razones de hecho y de derecho, ante un tribunal colegiado de instancia única que se pronunciará luego de la finalización del debate.

De tal modo, el proceso penal contemporáneo se descompone en las etapas preparatoria o investigativa, intermedia o de crítica instructoria, y de juicio, plenario o debate, cada una de las cuales presenta diversos procedimientos, a los que debemos agregar los de índole recursiva. Con el necesario detalle, trataremos de cada uno de ellos en los respectivos capítulos.

¹⁵ MAIER, *Exposición...* cit.

CAPITULO XII

LOS MODOS Y FORMAS DE MANIFESTACION Y REALIZACION DEL PROCESO PENAL

I: Consideraciones generales. Enfoque a seguir

En el capítulo anterior hemos tomado en consideración al proceso como peculiar realidad jurídica, analizándolo como estructura y desarrollo destinado a la aplicación del Derecho sustantivo, como instrumento necesario del poder y actividad jurisdiccional. Igualmente, atendimos a su configuración como institución, como situación y como relación jurídica, con su objeto y fines propios. Pero todo lo dicho se desarrolló dentro de una perspectiva general, básicamente conceptual, destinada a poner de relieve al *ser* del proceso. De ahí que sea necesario ahora acceder a otro nivel de análisis, enfocando el estudio en los modos y formas en que el proceso se manifiesta realmente, se concreta en una materialidad y, en definitiva, se realiza. Y tal realización se lleva a cabo a través de determinados actos, cuya configuración constituye precisamente la estructura y desarrollo del proceso, ejecutados por sujetos habilitados para ello.

De ahí que el tema que se abordará en el presente y siguiente capítulos no sea otro que el de los actos y sujetos

procesales, es decir, el de las acciones y personas que dan vida real al proceso.

Al respecto, debe destacarse que la regulación atinente a actos y sujetos surge del propio Derecho Procesal que, como estructura cerrada, autónoma y autosuficiente, implementa los medios legales de su configuración. Porque es la propia ley procesal la que a través de las normas jurídicas que consagra va delineando lo concerniente a la cuestión que nos ocupa. Mientras que lo tratado anteriormente aparecía como fruto de la construcción teórica, del trabajo doctrinario, el territorio en el que ahora entramos responde principalmente a las exigencias de una labor de interpretación exegética, ya que en las propias palabras de la ley encontraremos las bases imprescindibles para la delimitación y comprensión de los temas.

Por lo general, los cuerpos legales anteponen la regulación de los sujetos a la de los actos; sin discrepar con esa metodología utilizaremos la inversa, ya que el desarrollo lógico que hemos intentado lleva, luego de tratar de la idea de proceso, a mostrar su objetividad realizativa, lo que podríamos denominar su corporeidad, para recién después tomar en consideración a los autores y destinatarios de tales actos.

2. El hecho, el acto y el negocio jurídico

El tema de las relaciones entre hecho y Derecho constituye, verdaderamente, uno de los centrales de toda la regulación jurídica.

Como bien ha advertido la doctrina, determinados acontecimientos reales (con frecuencia, conductas), que suceden en el espacio y el tiempo, adquieren una especial significación otorgada por la norma jurídica. Según sean las características de estos sucesos del acaecer real en lo que hace a la voluntariedad y/o intencionalidad que traducen y, correlativamente, en la significación que la norma da a los mismos en orden

a los efectos que se asocian a la producción fáctica, se ha distinguido tradicionalmente entre simples hechos, hechos jurídicos y actos jurídicos y, más modernamente, negocios jurídicos.

Resulta obvio que el tema referido excede no sólo las perspectivas de esta obra sino incluso de la teoría procesal; sus planteamientos atañen a los que podríamos considerar como los principios básicos de un aspecto epistemológico del Derecho. Sin embargo, no puede dejar de considerarse la cuestión, ya que, como en alguna manera hemos visto, el proceso se manifiesta a través de actos, tiene que ver con ciertos hechos y exterioriza inequívocas intencionalidades.

El simple hecho, el suceso que no es señalado por una norma, carece de significación jurídica. En cambio, el hecho jurídico, en la medida en que es mentado por la norma que le atribuye determinados efectos, produce consecuencias regladas por el ordenamiento legal, adquiriendo así significación jurídica. A tenor de lo dispuesto en el artículo 896 del Código Civil, son “todos los acontecimientos susceptibles de producir alguna adquisición, modificación, transferencia o extinción de los derechos u obligaciones”.

Comenzando el estudio de esta norma, dice Llambías: “Toda relación jurídica, lo mismo que cualquier fenómeno del mundo de la naturaleza, está sujeto al principio de razón suficiente, que conduce a la investigación de la causa de dicha relación jurídica”. Y según sea el tipo de hecho de que se trate “así será el contenido y alcance de la relación jurídica”¹. Por eso puede afirmarse, como oportunamente lo señalamos, que el hecho jurídico de que se trate será determinante de las características de la relación jurídica. Esto, que ha sido visto por nuestra doctrina (al igual que por la extranjera) desde Vélez Sársfield en adelante, brinda cabal idea de la

¹ LLAMBIAS, Jorge Joaquín, *Código Civil anotado*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1979, t. II-B.

importancia del hecho o suceso hacia, por y para el Derecho. Y en este aspecto, para la correcta comprensión del tema, resulta inexcusable la cita de Orgaz, quien identificando hecho jurídico con supuesto de hecho de la norma, lo define como “el conjunto de las circunstancias de hecho que, producido, debe determinar una cierta consecuencia jurídica de acuerdo con la ley”².

De acuerdo con esta caracterización el término “hecho jurídico” abarca la hipótesis fáctica de la norma y puede entenderse como la especie o concepto genérico y más amplio del que forman parte algunos hechos de especiales características que han sido denominados “actos jurídicos”. El artículo 944 del Código Civil los define: “Son actos jurídicos los actos voluntarios lícitos, que tengan por fin inmediato, establecer entre las personas relaciones jurídicas, crear, modificar, transferir, conservar o aniquilar derechos”.

Siguiendo con Llambías, este autor indica que “la teoría del acto jurídico reviste en el Derecho la mayor importancia, por cuanto dicho acto es el medio por el cual el hombre impone un orden de relaciones jurídicas adecuado a las diversas finalidades que se propone alcanzar”; como se advierte, esta precisa noción resulta puntualmente aplicable a la materia procesal, ya que el acto jurídico procesal es el instrumento legalmente ordenado por la ley para la estructuración y desarrollo de la relación procesal.

A su vez, el artículo 1066 del Código Civil delimita la noción del acto ilícito, concordante con el artículo 898 del mismo cuerpo legal. La ilicitud del acto deviene de su carácter contradictorio con expresa disposición legal (conc. art. 19,

² ORGAZ, Alfredo, *Hechos y actos o negocios jurídicos*, Zavallá, Buenos Aires, 1967. Debe señalarse que la bibliografía sobre esta importante cuestión de teoría general del Derecho es sumamente extensa y calificada; el estudioso que decida ahondar en la cuestión y tener una guía sobre la misma, puede consultar con provecho: VALLEJO, Eduardo Lucio, *Hechos y actos jurídicos procesales*, en *Revista de Estudios Procesales*, N° 2, Rosario, diciembre de 1969, ps. 77 y ss.

Const. Nac.). Corresponde esta mención, al igual que las demás normas civiles que guardan armonía con los preceptos citados, porque de una manera general el concepto penal de delito quedaría formando parte dentro de la más amplia categoría de acto ilícito. Y es precisamente la noticia, llegada a los órganos pertinentes, de la comisión de un delito, la que da vida al proceso penal. Y no está de más recordar que uno de los elementos básicos del concepto de delito, elaborado por la dogmática penal, es el de acción (o acto o conducta), concepto especialmente revalorado por la dirección finalista. Así, el conocimiento de la comisión de una acción que responde en sus características de definición típica a una de las figuras previstas en la parte especial del Código Procesal, pone en movimiento la investigación y debate propios del proceso penal. Es decir: el supuesto de hecho previsto en la norma y configurador del objeto procesal dará vida a la realización del proceso que culminará con la declaración de certeza sobre la correspondencia de la sanción estipulada por la misma norma sustantiva. En consecuencia un acto del Derecho de fondo, postulado como realmente ocurrido, creará la relación jurídica procesal, en la que se darán los actos procesales.

Debe señalarse que la doctrina europea ha empleado crecientemente en los últimos tiempos una tercera categoría en orden a la determinación de las características y efectos de los supuestos fácticos, cual es la conocida como negocio jurídico. Por tal se entiende “la manifestación voluntaria de una intención”³, a la cual el ordenamiento jurídico asocia o vincula “los efectos reconocidos necesarios o convenientes para su mejor realización en forma jurídica”.

Sobre hecho, acto y negocio jurídico, Barbero ha establecido una clara diferenciación que toma como elementos pertinentes los aspectos que la norma entiende como relevantes

³ BARBERO, Doménico, *Sistema del Derecho Privado*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1967, t. I.

de la situación fáctica de que se trate. Así, en el hecho jurídico es solamente relevante la fenomeneidad exterior del suceso en cuestión; en el acto jurídico son relevantes dicha fenomeneidad, pero también la voluntariedad y, por último, el negocio jurídico hace relevantes fenomeneidad, voluntariedad e intención.

Esta concepción y sistematización ha repercutido en diversos autores, especialmente italianos, del Derecho Procesal Penal contemporáneo. Así Leone, quien si bien entiende coincidentemente con las definiciones que transcribimos en el punto anterior de este capítulo que acto procesal penal es “la expresión del movimiento de la relación procesal, del comportamiento de los sujetos”⁴, entiende también que el mismo adquiere consecuencias jurídicas en consideración a su objetividad. La ley toma en cuenta al acto en sí, “considerado en su pura materialidad” y presuponiéndose la voluntariedad como antecedente del mismo. En cambio, el negocio jurídico procesal sería aquel acto voluntario que de acuerdo con la norma produce consecuencias jurídicas sobre la relación procesal “en consideración a la orientación de la voluntad hacia un fin que está fuera del acto”; es decir, con la terminología de Barbero, que nos encontramos ante un determinado supuesto de hecho en el que adquiere especial relevancia la intencionalidad. Leone define el negocio jurídico procesal: “Un acto de voluntad libre tendiente a un fin práctico (relativo al proceso) tutelado por el ordenamiento jurídico y productor, a consecuencia de dicha tutela, de determinados efectos jurídicos en el proceso”.

Como ejemplos para cada una de estas categorías, Leone propone algunos ilustrativos: los hechos jurídicos con consecuencias procesales son, en realidad, poco frecuentes; pueden mencionarse los efectos de enfermedad mental sobre el com-

⁴ LEONE, Giovanni, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Ejea, Buenos Aires, 1963, t. I.

portamiento del imputado, las causales de fuerza mayor para la justificación de una inasistencia, etcétera. En cambio, “actos procesales en sentido estricto son la denuncia, el parte, el informe, el testimonio, la pericia y, en general, los actos de los sujetos auxiliares del proceso”. Por último, los negocios jurídicos procesales serían el requerimiento de instrucción del Ministerio Público, la querrela, la citación del tercero civilmente responsable, etcétera.

Esta concepción del negocio jurídico-procesal, que además de Leone ha sido empleada por otros procesalistas, tales como Carnelutti, Chiovenda, Rocco y Devis Echandía, no nos parece del todo apropiada. Sin pretender entrar en una polémica que excede los límites de este trabajo, entendemos que existen razones fundadas y objetivas para declinar su utilización. En primer término, porque la misma expresión de “negocio jurídico” da clara idea de su contenido privatista, propio de la esfera del Derecho a que pertenece, donde ha sido formulada y donde funciona adecuada al tipo de relaciones que regula y explica. En segundo lugar, porque entendemos que en manera alguna resulta necesaria la noción a la específica manifestación de la realidad procesal, y en tercer lugar, porque a la luz de la legislación vigente en nuestro país parece fundada la distinción que implicaría esta categorización entre “voluntariedad” e “intención”, ya que por la misma estructuración y dinámica del proceso tales términos se confunden. Por último, porque la idea de “negocio jurídico”, propia del ya señalado ámbito privatista, conlleva necesariamente una idea de autonomía de la voluntad, de disponibilidad sobre la relación, que se encuentra por completo ausente dentro del proceso penal.

De ahí que entendemos pertinente manejarse con la noción de acto jurídico procesal, englobando dentro de la misma la totalidad de los muy diversos actos objetivos, con constancia material, que traducen determinaciones voluntarias en orden

a la actividad propia de la relación procesal, provenientes del órgano jurisdiccional, de las partes o de terceros.

3. Los actos jurídico-procesales

El proceso se concreta y desenvuelve a través de los actos procesales. Por tales entendemos: aquellas manifestaciones de voluntad exteriorizadas a través de formas establecidas orientadas a la producción de efectos jurídicos destinados al desarrollo de la relación procesal. Traducen formalmente el comportamiento de los sujetos procesales en orden al objeto y finalidades de la señalada relación, determinando efectos sobre la constitución, modificación, desenvolvimiento o extinción de la misma. No tienen vida ni significación fuera del proceso que les da sentido, apareciendo como lógicamente subordinados y dependientes de la prestación jurisdiccional.

La doctrina ha tratado del tema (cuya conceptualización ofrece abundantes dificultades) proponiendo definiciones al respecto que contribuyen a establecer y delimitar la noción. Chiovenda, siguiendo a Wach, conceptualiza como acto procesal “la actuación jurídica trascendente para la constitución, conservación, ejercicio, modificación o extinción de una relación procesal”. Por su parte, Florian sostiene que no puede hallarse un concepto específico de acto procesal, ya que el mismo forma parte de la categoría más amplia y general de acto jurídico; en tal sentido destaca que se encuentran regulados por el Derecho y son productores de consecuencias jurídicas. El adjetivo “procesal” sólo corresponde porque se realizan dentro del proceso y sirven a las finalidades del mismo.

En cambio Niceto Alcalá Zamora propone una caracterización que puede calificarse de sistemática y apropiada en extremo, diciendo: “Por actos procesales deben entenderse las exteriorizaciones de conductas relativas al desenvolvimiento del proceso, sea cual fuere el sujeto en él interviniente de que provengan”.

En parecida línea de pensamiento, Eduardo B. Carlos los define como “las manifestaciones de voluntad por las que se constituyen, modifican o extinguen relaciones jurídicas procesales”.

Por su parte, Couture dice que acto procesal es el hecho voluntario que produce efectos jurídicos referidos al proceso.

Rubianes piensa acertadamente que estos actos son la manifestación de las actividades que cumplen los sujetos procesales; aparecen como elementos materiales y objetivos, cronológicamente separados y su producción en los momentos determinados por la propia regulación procesal torna posible la “iniciativa, desenvolvimiento y extinción del proceso”. Pasando revista a las distintas concepciones que la doctrina procesal (Alsina, Palacio) ha aportado sobre el tema, concluye que en realidad un enfoque global e inicial sobre la cuestión debe resaltar “el concepto de materialidad u objetividad”, criterio que compartimos.

Por último, corresponde citar a Barrios de Angelis que define el acto jurídico procesal como “todo cambio objetivo y voluntario previsto por la norma como componente del proceso”.

4. Carácteres de los actos jurídico-procesales

De acuerdo con el concepto explicitado, podemos ya señalar las características de este elemento fundamental de la manifestación del proceso; las mismas son:

A) Legalidad

Ya ha sido indicado que en la materia procesal la regulación de los actos viene directamente de la ley, lo que significa que en lo básico exceptuado el lógico ámbito de discrecionalidad presente en distintas situaciones, la existencia y efectos del acto deviene de lo establecido en la normatividad pertinente. Las disposiciones de los códigos procesales contienen

los requisitos y oportunidades de realización de tales actos, las sanciones por el no cumplimiento de esos requisitos y los efectos que producen. Como señala Barrios de Angelis, "el acto debe estar previsto como supuesto de hecho o como consecuencia jurídica de una norma procesal"⁵.

B) *Procedibilidad*

Esta característica fluye naturalmente de lo anteriormente expresado en la medida en que el requisito de legalidad es de legalidad procesal, pero también refiere al esencial elemento del acto como componente del proceso. Porque como dice Clariá Olmedo, "el actuar indiferente para el proceso no constituye acto procesal", ya que lo decisivo del acto es su repercusión dentro del proceso. Señala al respecto el autor cordobés: "Se muestra en forma genérica con respecto a todo el proceso, cual es el de conseguir la verdad sobre el hecho que constituye su objeto y la actuación concreta de la ley; es específico con relación a la etapa o momento que integra: la instrucción, el plenario, el recurso, el incidente, etcétera, y es más particular o singular si se considera el acto en sí, aisladamente, en cuanto promueve, desarrolla, paraliza, modifica o extingue el curso del proceso"⁶.

Dice con sencillez Oderigo: "Son actos procesales los que se cumplen en el proceso"⁷, por lo que este autor agrega la característica de *funcionalidad* en la medida en que tales actos responden a las funciones de los distintos sujetos en orden a la realización y desarrollo del proceso. De ahí que, como observaba Florian, la abundante diversidad de los señalados actos se resuelve en tanto y en cuanto responde a su destino común de servir al proceso.

⁵ BARRIOS DE ANGELIS, Dante, *Teoría del proceso*, Depalma, Buenos Aires, 1979.

⁶ CLARIA OLMEDO, Jorge A., *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Ediar, Buenos Aires, 1964, t. IV, *La actividad procesal*.

⁷ ODERIGO, Mario A., *Derecho Procesal Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1975.

C) *Objetividad*

Deben manifestarse a través de una materialidad externa, de una objetividad perceptible y verificable. Es lo que tradicionalmente se ha denominado como *forma* y que diversos autores incluyen dentro de la consideración de la estructura del acto. Es tal vez la característica más notable y evidente y la que se asocia naturalmente a la idea de proceso, en cuanto a un orden de regulaciones rituales. Se ha dicho también que esta *forma* constituye la exterioridad del acto y su conjunto integra la manifestación material del proceso como "causa"; por lo general, las manifestaciones de voluntad que constituyen los actos se traducen, o mejor dicho se deja testimonio de ellas, a través de actas (así, la declaración indagatoria, las deposiciones testimoniales, los informes periciales), constancias (notificaciones, peticiones en diligencia), resoluciones judiciales (proveídos, decretos, autos, incidente de excarcelación, recursos y, en los casos del proceso escrito, acusación, defensa, memoriales de vista de causa, ofrecimiento de pruebas, etc.).

D) *Expresividad*

En lo básico, los actos procesales son expresiones que indican una determinada dirección intencional, ya fuere como solicitud, decisión, constatación o información y ya se concreten de modo oral o escrito.

Fundamentalmente, un acto procesal es una manifestación destinada a la comunicación.

E) *Formalidad*

Esta exterioridad, esta manifestación, está regulada por la ley procesal (y también por las costumbres tribunalicias). Debe responder al cumplimiento de diversos requisitos que le dan validez y eficacia y cuya no observancia trae aparejadas sanciones procesales, tales como la inadmisibilidad y aun la

nulidad. Estos requisitos son específicamente de forma y también de tiempo y lugar. Por ejemplo, la totalidad de los códigos procesales penales argentinos legislan sobre el uso del idioma castellano para los actos procesales, la fecha de los mismos, su realización normal dentro de los horarios establecidos, etcétera; las condiciones a que deberán ajustarse los actos y resoluciones judiciales, las notificaciones a las partes y los escritos de éstas, etcétera. Puede señalarse que el exceso de formalismo lleva a un rigorismo paralizante, y que la tendencia moderna es hacia una mayor flexibilidad de los requisitos de formalidad; sin embargo, esta flexibilidad, que es fruto de actualizadas concepciones sobre el proceso y también de la paulatina utilización de medios técnicos, no debe hacer olvidar que, sin caer en rígidas esquematizaciones, la misma idea de acto procesal implica el mantenimiento y cumplimiento de requisitos formales que se convierten en garantía de la objetividad y verificabilidad, y sirven como un medio de contralor del proceso, en cuanto desarrollo emergente del principio de legalidad.

F) *Voluntariedad*

Esta característica refiere a lo que podríamos denominar como elemento interno, subjetivo, del acto. Clariá Olmedo lo conceptualiza como “expresión volitivo-intelectual del sujeto actuante” y apunta que es uno de los aspectos más difíciles de teorizar, ya que no se encuentra en los textos legales una clara sistematización y, por otra parte, la doctrina como lo hemos visto ha aportado soluciones diversas y a veces contradictorias sobre el tema. Igualmente, coincidimos con el citado procesalista cuando indica que no es posible subsumir la cuestión dentro del tratamiento efectuado sobre la misma por las doctrinas privatistas, ya que los principios que gobiernan esta expresión volitiva son diferentes en el campo del Derecho Procesal.

Con Barrios de Angelis entendemos que lo verdaderamente decisivo en este terreno es que el acto jurídico procesal implique “cualquiera sea su forma” una significación en orden a la relación procesal, enfocada desde sus variados aspectos. Así, una notificación regularmente efectuada “significa” la comunicación fehaciente del decisorio o actuación de que se trate y el correlativo conocimiento del sujeto notificado de la providencia en cuestión, con exclusión de toda otra consideración sobre la realidad de tal conocimiento.

Esta voluntariedad refiere al contenido del acto y, como dice Barrios de Angelis, “se integra con los estratos psíquico y significativo; el primero, es el hálito vital que hace al acto posible, pero que perece al darle nacimiento; el segundo, tiene la eternidad del pensamiento: es lo que enuncian (afirman, niegan), preguntan, solicitan, disponen, deciden, etcétera, los sujetos del proceso”⁸.

Hay ocasiones en que la misma norma regula requisitos formales en orden a la clara determinación de los contenidos de que tratamos. Así, dentro del Código Procesal Penal de Santa Fe encontramos el artículo 15 que determina los criterios de apreciación por parte del órgano jurisdiccional de las cuestiones prejudiciales deducidas, debiendo valorarse si dicha cuestión “es seria, fundada y verosímil”; los artículos 49 y 53 inclusive que legislan sobre recusación y excusación; el artículo 67 que exige al representante del Ministerio Público formular “motivada y específicamente sus requerimientos y conclusiones”; el artículo 97, inciso 2º, que requiere para la citación del tercero civilmente demandado la explicitación de “los motivos en que la petición se funda”, y el inciso 3º del artículo 101 referente a la forma de constitución de las partes civiles; el artículo 114 que regula sobre la prestación o juramento de decir verdad; el artículo 127, que reza: “Las sentencias y los autos deberán ser motivados bajo san-

⁸ BARRIOS DE ANGELIS, ob. cit., Cap. VIII, p. 177.

ción de nulidad. Los decretos y providencias se motivarán bajo la misma sanción, cuando la ley expresamente lo imponga”; las reglas para la valoración de la prueba y para la declaración testimonial, como así también las formas de preguntar y responder; el requisito del artículo 325 que manda resolver el procesamiento del imputado cuando “existan elementos de convicción suficientes”, y el artículo 327 que establece la estimación del juez para el dictado del auto de falta de mérito; las disposiciones relativas a la conclusión de la instrucción (arts. 369 a 374 inclusive); el artículo 376 que fija los requisitos que debe reunir la demanda civil; el artículo 380, sobre la defensa, etcétera.

Todas estas regulaciones contienen alusiones sobre el contenido de los diversos actos, contenidos que en general responden o se explicitan como declaraciones, interrogatorios, peticiones, disposiciones y decisiones.

G) *Oportunidad*

Otra característica fundamental de los actos procesales, que contribuye a dibujar nítidamente su peculiaridad, propia del ámbito en el que opera, es el de que su eficacia está condicionada, además de los otros elementos ya señalados, por su ubicación cronológica dentro de la dinámica del proceso.

En su momento hemos recordado las definiciones del proceso como una secuencia ordenada de actos, concatenados entre sí y dirigidos a un fin común que les da sentido. Esto significa que la regulación procesal marca con respecto a cada uno de los actos oportunidades en que pueden y deben producirse, fuera de las cuales carecerán de eficacia. En cierta medida, este requisito se relaciona con el ya tratado de la formalidad entendida como la adecuación del acto a condiciones de forma, espacio y tiempo, pero destaca, además, otra característica esencial en torno al desarrollo del proceso.

A modo de ejemplo, pueden citarse las disposiciones que hacen admisible la constitución del actor civil hasta la clausura de la instrucción, las que determinan los momentos en que debe producirse la requisitoria fiscal, la demanda civil, la defensa, la apertura a prueba, los alegatos, etcétera. Todo el desarrollo del proceso, desde su iniciación hasta su finalización, se estructura como una secuencia de momentos dentro de los cuales deben producirse ciertos actos en orden a la marcha del mismo. Y tales actos tienen que realizarse necesariamente en esas oportunidades prefijadas, ya que de lo contrario serán inadmisibles o carecerán por completo de efectos. Del mismo modo, la no realización o producción tardía del acto trae también aparejadas sanciones procesales y/o disciplinarias.

Esta cuestión se conecta con la que Clariá Olmedo denomina acertadamente como "límites temporales de la actividad" y que la mayoría de los autores tratan en torno a las ideas de plazos y términos procesales, que por su importancia analizaremos en detalle más adelante.

5. Los distintos tipos de actos procesales. Clasificación

La cuestión clasificatoria, a la que la doctrina tradicional ha sido tan afecta, ofrece la más variada (y con frecuencia innecesaria) gama de divisiones y subdivisiones de los actos procesales, empleando los más diversos criterios y proponiendo esquemas artificiosos, de minucia bizantina, por completo carentes de utilidad teórica y práctica. A modo de ejemplo, basta consultar a Oderigo que dedica ocho páginas a la mera enunciación de las distintas clasificaciones.

Con respecto al contenido del acto, ya hemos dicho, siguiendo a Barrios de Angelis, que pueden ser enunciativos, interrogatorios, peticionantes, dispositivos, decisorios y operativos.

Igualmente, tomando en cuenta el sujeto del que emanan, se acostumbra a dividirlos en actos del órgano jurisdiccional, de las partes y de terceros; así, los primeros son aquellos emanados directamente del juez y funcionarios en el desempeño de sus actividades propias; actos de partes son los ejecutados por el Ministerio Público, el querellante, el actor civil, el imputado y su defensa, los responsables civiles y la aseguradora citada en garantía, y con respecto a los pertenecientes a la última categoría, son los realizados por particulares que sin tener interés directo y personal en la causa ni ser sujetos necesarios del proceso, son llamados al mismo interviniendo por lo general en relación a la prueba; tales los testigos y los peritos.

En lo que respecta a la materialidad o forma de manifestarse de los actos, la división más neta se da entre los escritos y los orales.

Pero entendemos que una clasificación verdaderamente operativa sobre los tipos de actos procesales debe atender a su incidencia y manifestación sobre la relación procesal, es decir, en lo que significan respecto a la marcha del proceso desde su inicio a su fin, y también en lo que hace a su conformación estructural. En tal sentido, dividimos los actos procesales de la siguiente forma:

A) *Constitutivos*

Son aquellos que producen efectos en orden al establecimiento de una determinada situación procesal que definen una especial relación del sujeto y su ubicación dentro del proceso. Su importancia es decisiva, ya que de ellos se derivarán derechos y deberes, poderes y cargas, delimitando uno o varios roles procesales. A modo de ejemplo pueden citarse aquellas conductas que en diversa forma sindicuen a una persona como autor de un delito, lo que hace que la misma revista el rol de imputado. Así mismo, dentro de la instrucción

formal el acto inicial constitutivo del proceso penal es la providencia jurisdiccional que ordena la apertura de la instrucción, ya haya sido la misma dictada por requerimiento fiscal o por prevención policial.

Igualmente, la presentación de la querrela en los casos en que sea procedente.

También son actos constitutivos la designación de defensor con la consecuente aceptación del cargo, la constitución del actor civil y de los terceros civilmente demandados.

B) *Enunciativos*

Denominamos como tales a todos aquellos que en cualquier forma y por cualquiera de los medios regulados por la legislación pertinente enuncian hechos relativos a la averiguación del objeto de la relación procesal. Son actos que permiten la incorporación al proceso de elementos de conocimientos tendientes al logro de la investigación integral propia del mismo. Procura, mediante la información que suministran, la reproducción del suceso histórico en tren de averiguación y discusión. Obviamente, hacen y refieren a los medios probatorios. Son actos enunciativos la denuncia, las declaraciones testimoniales, los dictámenes periciales, la reconstrucción del hecho y las respuestas informativas. En general, puede decirse que todas las diligencias propias de la actividad probatoria "enuncian" hechos relativos al objeto de la relación procesal o suceso investigado con miras a la debida acreditación. Tales enunciaciones hacen al desenvolvimiento del proceso y serán valoradas por las partes en las oportunidades correspondientes, como así también y especialmente por el órgano jurisdiccional al momento de dictar sentencia.

C) *Operativos*

También pueden denominarse como propios de la tramitación, refiriendo directamente al desenvolvimiento del pro-

ceso. Están constituidos por todas aquellas diligencias que implican citaciones, notificaciones y pedidos y resoluciones sobre aspectos relativos al trámite de la causa. Hacen a lo que hemos denominado como “procedimiento” y significan la forma de la actividad necesaria a la marcha del proceso desde su inicio hasta su finalización y por lo común se concretan como proveídos o decretos.

D) *Posicionales*

Empleamos esta denominación para aquellos actos emanados de las partes en los cuales se evidencia y acentúa, precisamente, ese carácter “partivo” derivado de las respectivas posiciones dentro de la situación procesal y dirigidos a la exposición argumental y petición concreta con miras a la obtención de una decisión jurisdiccional que defina la relación procesal en el sentido del interés del sujeto procesal. Este tipo de actos lo constituyen las presentaciones de la defensa material y técnica, las intervenciones acusatorias del Ministerio Público y, en su caso, del querellante, y la demanda civil y la contestación de la misma. Igualmente, el pedido de sobreseimiento y todas aquellas expresiones en las cuales las partes constituidas aboguen y peticionen en favor de sus respectivas finalidades. En realidad, constituyen junto con los decisorios las manifestaciones procesales por excelencia, agudizándose su importancia y preponderancia durante el contradictorio. Definen con claridad las diversas posiciones e intereses de la relación establecida, significando decisivo avance hacia el pronunciamiento que se procura. En estos actos privan la intencionalidad y los contenidos, pudiendo concretarse formalmente a través de escritos (requisitoria fiscal, querella, demanda civil, escrito de defensa, memoriales, etc.) o alegatos orales, según el tipo de procedimiento. Aparecen como una exposición sobre los hechos pertinentes en torno al objeto de la relación procesal y como una invocación de la normatividad aplicable al caso, caracterizándose por un enfoque predomi-

nantemente técnico-jurídico, que desemboca, como conclusión lógica, en el planteo de requerimientos o solicitudes al órgano jurisdiccional.

Esta ubicación de los señalados actos procesales fue vista por la doctrina que advirtió, como un dato fundamental para la diferenciación de los distintos actos, el destino específico de los mismos dentro de la relación procesal. Así Carnelutti, quien separó los actos “instrumentales” (que nosotros hemos ubicado como “operativos”) de los “finales”, en los cuales la función técnica surge del contenido que quiere hacerse valer. También Clariá Olmedo ha hablado de actos “persecutorios” y “de defensa”. La legislación procesal ha dado desde antiguo importancia a la regulación que atañe a este tipo de actos.

E) *Decisorios*

Son actos propios del juez o tribunal e implican la manifestación por excelencia de la actividad y poder jurisdiccional. A diferencia de los actos posicionales, que son esencialmente partitivos, los decisorios aparecen como una definición imparcial de la voluntad de la ley a través del conocimiento y decisión del juzgador en la aplicación a la situación concreta.

En realidad, puede decirse que todo el desarrollo de la relación procesal, desde el inicio de la misma y a través de su desenvolvimiento, se orienta hacia la resolución final o sentencial. Los actos constitutivos, los operativos, las posiciones de las partes en sus peticiones, no son sino avances hacia esa conclusión lógica que declarará la aplicación del Derecho sustantivo general al caso singular, significando el cierre del caso, la obtención de certeza jurídica sobre la relación de fondo y la producción del efecto de cosa juzgada. Allí se revela en todo su significado el poder jurisdiccional que, por definición, se presenta como decisorio.

Claro está que la sentencia final no es en modo alguno el único acto procesal decisorio, ya que el desenvolvimiento del

proceso registra otras oportunidades en las cuales el órgano jurisdiccional emite decisiones de diversa importancia y trascendencia, de distinto contenido, que en lo fundamental, aun cuando se trate de cuestiones particularizadas, van delimitando etapas y conduciendo el proceso hacia su finalización.

Este tipo de actos se manifiesta a través de *sentencias, autos y decretos* o providencias; las primeras son la manifestación por excelencia de la actividad jurisdiccional e implican un pronunciamiento sobre el objeto de la relación procesal y una definición de la relación penal sustancial, determinando en su caso la aplicación del Derecho Penal y la consecuente sanción punitiva.

Los *autos* refieren a resoluciones sobre aspectos que hacen a la definición del proceso, marcando momentos definitivos de éste, tales como el procesamiento del imputado, la prisión preventiva, la excarcelación, etcétera; también aparecen decidiendo diversas cuestiones planteadas por las partes por vía incidental.

Por último los *decretos* o *providencias* se ligan estrechamente con los actos operativos y hacen específicamente a las diversas situaciones propias del trámite de los procedimientos.

F) *Impugnatorios*

Este tipo de actos, si bien en lo fundamental pueden considerarse como posicionales en cuanto revisten un especial carácter partivo, se distinguen de los mismos en cuanto la relación se establece en torno a un precedente acto decisorio emanado del órgano jurisdiccional. Tienden a la modificación, ya sea por contrario imperio o por revisión de órgano de jerarquía superior, de un pronunciamiento impugnado por cualquiera de las partes, cuando se encuentra legitimada para hacerlo. Esto significa que pueden considerarse como actos de segundo grado, es decir, actos que juzgan otros actos, y donde por ende el objeto de la relación procesal aparece en

segundo término, desdibujado por el sentido de la impugnación que refiere directa y primariamente al cuestionamiento de la legalidad, oportunidad, fundamentación, racionalidad, etcétera, del acto jurisdiccional.

Sin perjuicio de que los actos impugnatorios constituyen la materia de específico estudio del capítulo referido a ellos, puede adelantarse ya que en general la legislación habla de recursos de reposición, también conocido como revocatoria o revisión; procede contra providencias o decretos dictados sin sustanciación y se interpone ante el propio órgano del cual emanó la decisión que se impugna.

El recurso de apelación aparece como una impugnación fundada en una sentencia o auto resolutivo de incidente, efectuada ante juez o tribunal de grado superior al que emitió el pronunciamiento. Toda su tramitación da lugar al procedimiento en segunda instancia e implica una revisión, con debates de las partes, del tema planteado. Este procedimiento puede ser en “modo libre” o en “modo en relación”. El recurso de nulidad sigue por lo general también esta tramitación, debiendo mencionarse de igual modo el recurso de casación, propio del juicio oral, todo lo cual se verá más adelante.

G) *Ejecutorios*

Esta última categoría refiere a aquellos actos emanados del órgano jurisdiccional que llevan a la realización concreta y efectiva de las decisiones del mismo; tienen especial importancia dentro del proceso penal, ya que por su misma naturaleza presentan, especialmente durante la etapa instructoria, múltiples manifestaciones de tales actos, que también se traducen como coacciones personales para el cumplimiento de los actos que se ordenen. Pueden citarse múltiples disposiciones, como ser las relativas a la comparecencia y detención del imputado, citación de testigos, etcétera.

En lo que se refiere específicamente a la implementación

o ejecución de lo que ha sido decidido por el órgano pertinente, los códigos procesales dedican a esta cuestión capítulos completos, que en los manuales de estudio son también objeto de tratamiento particular.

Por último digamos que los actos procesales, de un modo más general y atendiendo a su función y ubicación en el desarrollo del proceso, pueden ser divididos en *postulaciones*, *acreditaciones*, *alegaciones*, *decisiones* e *impugnaciones*.

6. Los actos procesales en el desarrollo del proceso

La caracterización que se ha efectuado en el punto anterior responde fundamentalmente a un criterio operativo en torno al desarrollo de la relación procesal. No escapa a la consideración efectuada que existen actos que pueden participar, a la vez, de distintas categorías. Por ejemplo: la declaración indagatoria es para nosotros una manifestación fundamentalmente posicional en cuanto expresión de la defensa material. Pero es indudable que también puede ubicarse dentro de los actos enunciativos, en cuanto enuncia circunstancias del caso con validez para la reconstrucción probatoria. Igualmente, hay actos operativos que pueden también responder a un interés posicional y actos decisorios que en lo básico tienen una entidad operativa. Pero lo que importa en la clasificación efectuada es distinguir lo que podríamos considerar como aspectos preponderantes y siempre de acuerdo con la idea general en orden a los fines del proceso.

De esta manera entendemos que ha quedado en claro que a través de los actos pertinentes se constituye la relación procesal, definiendo las situaciones de los diversos sujetos. Se llevan a cabo las actividades tendientes a la reconstrucción conceptual de todo lo atinente al objeto de la relación, mediante la enunciación con datos sobre los hechos configurados por el suceso que se investiga como un injusto penal, avanzando el proceso mediante los actos operativos. En atención

a las decisiones pertinentes, se define la situación del imputado, decisiones que pueden ser objeto de impugnaciones. Asimismo, en las oportunidades correspondientes, las partes definen sus posiciones mediante las alegaciones y peticiones apropiadas, para llegarse finalmente al momento de dictar el pronunciamiento definitivo, el que a su vez puede ser objeto de impugnación. Una vez firme éste, pasado en autoridad de cosa juzgada, será ejecutado según los contenidos declarativos del pronunciamiento, ejecución que al igual que en momentos anteriores se encuentra respaldada por el poder coactivo.

Este desarrollo de actos cumplidos, de acuerdo a regulación previa ínsita en la normatividad aplicable, va delimitándose a través de etapas claramente individualizadas. En la primera de ellas, conocida como instrucción, priva la actividad investigativa, mientras que en la segunda tienen preponderancia las discusiones. Por último, puede surgir el procedimiento de grado, donde se plantean las impugnaciones.

Esto delimita no sólo el desarrollo del proceso, sino también, desde una perspectiva de totalidad, la noción estructural del mismo. Precisamente este enfoque es el que otorga la significación a cada acto en particular, ya que el proceso no es una mera yuxtaposición de actos sino una concatenación finalista de los mismos, derivados de su sentido como medio realizativo, declarativo y aplicativo del Derecho Penal.

7. El tiempo y los actos procesales. Oportunidad de los mismos. Plazos y términos. Preclusión

Ya indicamos que una de las características esenciales de los actos procesales es la de estar sometidos a condiciones formales y el adecuarse, para su producción y eficacia, a oportunidades prefijadas. Igualmente, a lo largo de todo este trabajo insistimos en que cada proceso concreto es un desarrollo de actividades ejecutadas por los sujetos, actividades que van desde el inicio de la investigación hasta la conclusión decla-

rativa de certeza, meta lógica y política del proceso. Y todas estas ideas tienen especial pertinencia para introducirnos en la cuestión de lo que Clariá Olmedo llamó con elegancia y precisión "límites temporales de la actividad" y que viene tratándose desde largo tiempo atrás, aun en los viejos textos procedimentalistas. Porque una de las notas definitorias del proceso como idea y de los procedimientos como manifestación concreta, es la de que los diferentes actos que los constituyen están ajustados a momentos, fuera de los cuales carecen de eficacia.

Pero el problema del tiempo en relación al proceso puede enfocarse también desde otra perspectiva, cual es la de la duración total entre el comienzo de la causa y su finalización. Esta cuestión, lógicamente ligada a lo que anteriormente señalamos, ha cobrado en nuestra época singular relevancia. Pareciera que el aumento de los asuntos judiciales, derivados de la multiplicación de las relaciones sociales y del avance demográfico, hubiese dejado en alguna manera retrasada a la administración de justicia. Así, ha cobrado penoso auge el fenómeno que se ha denominado incluso en su repercusión periodística como *morosidad judicial*, y que se manifiesta en la extraordinaria demora en la tramitación y resolución de las causas, convirtiendo muchas veces en ilusorios los derechos pretendidos por las partes.

Este problema, que ha preocupado justificadamente a distinguidos procesalistas, adquiere especial gravedad en el caso del proceso penal, tanto por los valores e intereses en juego dentro del mismo, como por obvias razones de política criminal. Ya decía Beccaria que una pena aplicada distante del hecho que la justifica pierde sus efectos y aparece poco menos que como una venganza innecesaria. La imagen pública de la justicia necesita no sólo de los valores de imparcialidad, racionalidad, prudencia, etcétera, sino también de celeridad.

Este requisito de celeridad fue situado como uno de los

fundamentos del proceso penal por Alcalá Zamora y destacado diversamente por los distintos autores. Claro está que en ésta, como en tantas cuestiones semejantes, es preciso situarse en el correcto equilibrio, ya que la importancia de lo que se encuentra comprometido en este proceso exige también de cautela, tiempo y medida. Ya se saben las peligrosas desviaciones, con notorias injusticias y desmedro de la seguridad, a que puede conducir ese tipo de “juicios sumarios” de los que la historia ofrece abundantes y lamentables ejemplos.

Es lo que observa Clariá Olmedo: “El transcurso del proceso penal, vale decir, su proyección en el tiempo, requiere una regulación más estricta que la de cualquier otro instrumento de realización jurídica, pues ella ha de ser la más eficaz contribución a la tutela de los intereses comprometidos, proveyendo a la pronta reconstrucción del orden alterado, pero con la medida y detenimiento que la justicia penal requiere”⁹.

De todos modos, nadie puede dudar que la demora en la resolución de las causas penales es uno de los males endémicos de nuestro sistema y que, si bien la adopción en el orden nacional (siguiendo a la casi totalidad de las provincias) del juicio oral ha significado un notorio avance en este tema, son múltiples las situaciones en que, por diversos motivos, el problema subsiste.

La forma en que la normatividad procesal intenta alcanzar ese delicado equilibrio es la regulación de los plazos dentro de los cuales pueden y/o deben ejecutarse los actos pertinentes. Estos plazos, con términos precisos, procuran armonizar “medida y detenimiento” con “celeridad”, dando a los sujetos

⁹ CLARIA OLMEDO, ob. cit., p. 114. Y agrega este autor: “Esa regulación temporal del proceso surge en concreto como límites puestos a la actividad y a la inactividad. Se determinan fracciones de tiempo (lapsos) que exigen o impiden la actividad, o que la fijan en un momento dado. Es como si se obtuviera un punto de referencia en la línea del tiempo, antes del cual o después del cual deberá actuarse procesalmente”.

los lapsos necesarios para el estudio y consideración de las diferentes cuestiones en análisis, pero estableciendo al mismo tiempo límites precisos más allá de los cuales operará la sanción prevista por la norma, sanción que puede ser la ineficacia o de las de tipo disciplinario.

Si bien el tema de plazos y términos puede considerarse como propio de la teoría general del proceso, no está de más recordar las nociones básicas, señalando también las particularidades que pueden encontrarse como propias del proceso penal¹⁰.

Barrios de Angelis ha hablado, con respecto a estas cuestiones, de una "estructura temporal procesal", constituida por el lapso dentro del cual se realiza el proceso y con los respectivos tiempos hábiles e inhábiles para los diferentes actos.

En primer lugar debe tomarse en cuenta que los actos procesales se llevan a cabo en días y horarios destinados a la actividad tribunalicia. Es lo que regla la totalidad de los códigos: los actos procesales deberán cumplirse en días y horas hábiles, es decir, en los períodos habilitados para tal fin, por lo general establecidos en los códigos procesales civiles. Como excepción, pueden, cuando razones de urgencia lo justifiquen, habilitarse días y horas inhábiles. Pero en el proceso penal, a diferencia del civil, hay situaciones en las cuales esta excepción se convierte prácticamente en regla, como es el caso de los actos correspondientes al período instructorio.

Resulta obvio que esta regulación se explica ampliamente por los mismos fines y requerimientos de las actividades investigativas que no pueden estar recortadas por horarios y donde, además, se dan frecuentes situaciones en las que se encuentra en juego la libertad personal.

En segundo lugar, los actos procesales deben llevarse a cabo dentro de lapsos establecidos. Estos son los denominados *plazos procesales*. Tanto la ley como la doctrina ha empleado,

¹⁰ CLARIA OLMEDO, ob. cit., p. 128.

por lo general, esta palabra como sinónimo de *término*. Sin pretender entrar en una disputa estéril, creemos que conceptualmente deben distinguirse ambas nociones. Así, la locución *plazo* estaría estableciendo el lapso dentro del cual debe realizarse el acto en cuestión y la voz *término* la finalización de dicho lapso.

Esto determina la distinción clara entre ambos conceptos, ya que *plazo* es el período establecido por la ley para la efectivización del acto de que se trate y *término* la finalización o límite de dicho *plazo*.

En consecuencia, los actos procesales deben llevarse a cabo dentro de los lapsos regulados por el mismo ordenamiento. Es lo que ha señalado la doctrina diciendo que son los espacios de tiempo dentro de los cuales deben efectivizarse los actos. La validez legal de cada acto conlleva el requisito de la realización dentro de un período determinado. Y esta exigencia, propia de la necesidad de orden del proceso, aparece como obligación para todos los sujetos procesales, ya que la función de los plazos se liga estrechamente a los fines del proceso como así también a sus modalidades y valores en juego.

Los plazos son variados en su duración. Pueden computarse por horas, días (plazos para la acusación, para la demanda civil, para la defensa, período de prueba durante la etapa del plenario, etc.), meses (duración de la instrucción) o años (íd.); hay supuestos en que la norma, sin determinar un lapso, fija la urgencia de la actuación, hablando de “inmediatamente”, “sin demora”, etcétera.

Igualmente, los códigos establecen reglas generales respecto a esta duración.

El cómputo de los plazos para las partes se realiza a partir del día siguiente a la notificación; en el caso de *plazo* de horas, desde la siguiente a la notificación.

Estos plazos pueden tener diferentes caracteres, lo que resulta importante en relación a las consecuencias derivadas

de su inobservancia. Legislación y doctrina han hablado a este respecto de *plazos perentorios* y *ordenatorios*. Esta distinción se hace sobre la base de las derivaciones jurídicas que acarrea, al vencimiento del término, el no cumplimiento del acto dentro del plazo fijado por la norma respectiva. Los primeros, como su misma denominación lo indica, no toleran la posibilidad de que el acto no llevado a cabo pueda realizarse válidamente después del término. Producen la caducidad o decadencia de la facultad de actuación en el caso concreto.

En cambio, los *plazos ordenatorios* son aquellos que conminan, disponen u ordenan la realización del acto en el tiempo establecido, pero operado el término no se da la caducidad. En general, puede decirse que este tipo de plazos se encuentra en la regulación de aquellos actos que se consideran esenciales, jurídicamente imprescindibles para el desarrollo del proceso y para el cumplimiento de sus fines. Tales serían, por ejemplo, la declaración indagatoria del imputado, el dictado del auto de procesamiento, la acusación y la defensa y, evidentemente, la sentencia. Al respecto, operado el vencimiento, corresponde la intimación para su producción y, en su caso, la eventual sanción al moroso, que incluso puede ser separado encomendándose a un par la realización del acto omitido, pero tal acto debe, inexcusablemente, llevarse a cabo.

En general, puede afirmarse que la regla sobre la materia es la de que los plazos son improrrogables, lo que aparece legislativamente consagrado, y también lo que puede considerarse como la tendencia doctrinaria imperante, que tanto en el proceso penal como en el civil procura, por razones de orden, seguridad y celeridad, un cumplimiento estricto de los plazos procesales. Pero está en claro que la perentoriedad no puede trascender y aplicarse a aquellas actividades indispensables a la relación jurídico-procesal penal¹¹.

¹¹ RUBIANES, Carlos, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1976, t. I.

Como se advierte, esta cuestión se liga estrechamente con las denominadas sanciones procesales, ya que en el caso encuentran operatividad y lógica aplicación las nociones de caducidad, inadmisibilidad y sanciones disciplinarias, por lo que corresponde la remisión pertinente.

Igualmente, el análisis de cada situación en particular se efectuará al momento de tratar los distintos actos en el desarrollo del proceso.

Por último, señalemos sobre este tema que se ha distinguido entre *plazos comunes*, cuya apertura, cómputo y término opera conjuntamente para todas las partes (por ej., el de prueba durante el plenario), e *individuales*, es decir, para cada parte en particular (traslados para la acusación y para la defensa); también se ha hablado de *plazos ordinarios* que regulan el desarrollo habitual y *extraordinarios* que prevén una prolongación o *prórroga* cuando surgen circunstancias de excepción (complejidad, necesidad de diligencias, distancia, etc.)¹².

Toca ahora referirnos a la noción de *preclusión*, que ocurre a partir del vencimiento del término y tiende a impedir que una situación consolidada se retrotraiga a un momento anterior. Desde un punto de vista lógico, el concepto se relaciona con el de caducidad como específica sanción procesal, ya que la preclusión significa en la práctica la pérdida del derecho o facultad no empleado en la oportunidad correspondiente. Pero su sentido más particular refiere a la necesidad del orden sistemático en el avance del proceso. Como señalara Peyrano, el principio "tiende a posibilitar el progreso del proceso, consolidando los tramos cumplidos y vedando el retroceso en el *iter procesus*"¹³. Este mismo autor recuerda con acierto que la etimología latina de la palabra es adecuada

¹² CREUS, Carlos, *Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe anotado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1981.

¹³ PEYRANO, Jorge W., *El proceso civil*, Astrea, Buenos Aires, 1978.

para la cabal comprensión de su sentido, ya que *preclusio* "significa clausurar, cerrar el paso". Y esto es precisamente lo que ocurre en el caso, ya que la preclusión opera no solamente como caducidad de la facultad no ejercitada, sino como imposibilidad de replanteo de la situación previa establecida. Claro está que, como se advierte, el concepto tiene una aplicación básicamente orientada a procedimientos acusatorios, de actividad e impulso partivo y poco conciliable con los desarrollos officiosos.

La idea del proceso como secuencia ordenada de actos, que a su vez conforman etapas claramente delimitadas, no podría concretarse en la realidad de las causas sin la existencia de esta noción, cuyo planteamiento teórico se debe a Chiovenda. Es que la tarea investigativa, las facultades impugnativas y el mismo debate, no pueden de ninguna manera quedar librados al arbitrio de los sujetos, sino que para el cumplimiento de los fines del proceso y de la misma administración de justicia, necesitan de una regulación ordenada que convierta en real la garantía de la seguridad jurídica.

Peyrano, en la obra citada, distingue tres aspectos interrelacionados en torno a la preclusión, a saber:

- a) La imposibilidad de ejercicio de las facultades procesales no empleadas en su oportunidad;
- b) la imposibilidad de efectuar válidamente una actividad procesal incompatible con otra ya consumada, y
- c) la imposibilidad de modificación o mejoramiento de una facultad ya realizada oportunamente.

Todo esto, como lo destacó Alsina, lleva al obstáculo de la repetición de pasos procesales ya cumplidos.

Dentro del proceso penal podemos citar como ejemplos del instituto: la constitución definitiva del actor civil; el carácter de firme de las resoluciones no impugnadas por parte habilitada dentro de los plazos correspondientes; la investi-

gación instructoria que, salvo supuestos excepcionales, no puede ser reabierta a partir de la elevación a juicio, etcétera.

8. Lugar de realización de los actos procesales

Aunque pueda parecer una cuestión un tanto perogrullesca, los actos procesales deben ejecutarse en el lugar del ámbito territorial de competencia y, por regla, en el asiento normal del órgano jurisdiccional, es decir, en aquellas sedes habilitadas y destinadas al funcionamiento del Poder Judicial, habitualmente conocidas como tribunales.

Esto, que dentro de la problemática del proceso civil ni siquiera es planteado por entenderse obvio, resulta de importancia señalarlo con relación al proceso penal, ya que por la naturaleza del mismo parecieran existir razones que justifican la realización de diversos actos de índole investigativa fuera de los tribunales. Tales actos, que por lo general se dan dentro del período instructorio, son aquellos destinados a la urgente acreditación del hecho presuntamente criminoso. A modo de ejemplo puede citarse la reconstrucción del hecho, los registros domiciliarios, la inspección ocular y la traba de medidas cautelares, el interrogatorio en un hospital de un testigo herido, etcétera. Pero entendemos que los referidos actos tienen especial carácter excepcional, derivado de la imposibilidad física de que ocurran de otra manera y de ninguna forma esta práctica puede extenderse a la realización de diligencias que, cualquiera fuere la urgencia, deben y pueden llevarse a cabo en los tribunales.

Concretamente, nos referimos a uno de los actos centrales del proceso penal, cual es la declaración indagatoria. La misma, habida cuenta de la trascendencia del acto, de su carácter de expresión de la defensa material y por ende rodeada de garantías fundamentales, no puede realizarse sino ante los estrados judiciales. Salvo situaciones verdaderamente extraordinarias (como ser que el imputado se encontrase hos-

pitalizado) ésta debe ser la regla, también extendida a las declaraciones testimoniales¹⁴.

Lejos de nuestra intención incurrir en cualquier género de ritualismo o de exagerado apego a formas; por el contrario, adherimos a todas aquellas soluciones que, sin resentir la seguridad y el orden, contribuyen a la agilidad y flexibilidad del proceso. Pero en esta cuestión del lugar de realización de los actos procesales entendemos oportuno insistir en que la sede natural es el asiento tribunalicio del juzgado, con los necesarios medios y solemnidades acordes con la trascendencia de la alta y delicada misión de administrar justicia.

¹⁴ Sobre el particular debe aclararse que este requisito, que puede reconocer algunas muy restringidas excepciones, no ha sido destacado por la doctrina; más aún, hay autores que, como Rubianes, ponen como ejemplo de actos que pueden realizarse fuera del tribunal, la declaración indagatoria, tomada por el juez en el local policial donde esté detenido el imputado. Igualmente, la jurisprudencia no ha tratado específicamente esta cuestión. Sin embargo, la Cám. Pen. de Santa Fe, sala 1ª, en autos "Zenger de Mare, Margarita Elvira", del 3-12-75, a través del extenso y fundamentado voto del Dr. Norberto Iturralde, tocó marginalmente el tema.

CAPITULO XIII

LOS SUJETOS PROCESALES

1. Consideraciones generales

Las exposiciones hasta ahora formuladas han privilegiado un enfoque en considerable medida general y objetivo, hablando del proceso como de una estructura dentro de la cual se desarrolla la secuencia de los actos. Pero es obvio que tales actos son ejecutados por determinadas personas, que cumplen sus papeles de acuerdo con la posición que ocupan y ejecutan las acciones que las normas prescriben.

Los actos son ejecutados por sujetos, es decir, por personas concretas que intervienen dando vida y realidad a las prescripciones normativas y que por ellas se encuentran legitimadas para realizar, dentro de los límites y condiciones establecidas, conductas que adquieren relevancia en las situaciones previstas por las disposiciones procesales.

Pero es notorio que la ubicación y consecuentes facultades de estos sujetos son muy distintas, ya que encontramos algunos investidos de poderes de diferente jerarquía, otros condicionados por constreñimientos, y finalmente algunos cuya participación puede o no darse y/o aparece limitada sólo a cierto tipo de actos parciales.

De ahí que deba distinguirse entre *sujetos necesarios* y

eventuales, siendo los primeros aquellos sin los cuales no puede existir la relación procesal integrada por acusación, defensa y decisión; como se advierte, tales sujetos aparecen como *órganos* que concretan los respectivos poderes de acción, defensa y jurisdicción esenciales para la constitución del proceso y derivados de normas fundamentales que también se relacionan con lo que se conoce como *presupuestos procesales*.

Los referidos órganos se integran respectivamente con los sujetos que denominamos como *acusadores, imputados, defensores y jueces*, que representan lo que Clariá Olmedo denomina como “poderes” para la realización penal, es decir, la acción, la defensa y la jurisdicción, sin los cuales no puede darse ni conceptual ni realmente el fenómeno del proceso.

En cambio los sujetos eventuales responden tanto a las particularidades de cada regulación procedimental como a las alternativas cambiantes de cada causa en particular. Puede tratarse de sujetos que colaboran con el órgano jurisdiccional (secretarios, oficiales notificadores, ujieres, etc.) que ejercen particularmente la pretensión punitiva (querellante conjunto o adhesivo) o que son llamados a intervenir en el proceso en razón de un conocimiento sobre los hechos (testigos y peritos). También en aquellos procedimientos que admiten la tramitación de cuestiones resarcitorias encontramos las partes civiles (actor y demandado, terceros responsables, citados en garantía).

En síntesis: sujetos procesales son aquellas personas de existencia física que intervienen dentro del proceso y de las cuales emanan actos con relevancia para la investigación, discusión y decisión de la cuestión sometida u objeto procesal.

2. Las partes dentro del proceso penal

Así mismo es preciso distinguir en orden a los sujetos procesales los que aparecen dentro de la relación como *partes* y que son aquellos que representan un determinado interés

que se manifiesta por su ubicación y actividad dentro de la situación y dinámica del proceso. A diferencia del órgano jurisdiccional que se supone imparcial, la parte tiende hacia finalidades determinadas. Por definición, la idea inherente al término "parte" implica la de una parcialidad, es decir, la de algo diferente y menor que el "todo", lo que acentúa una ubicación sectorial e, igualmente, pone de relieve que le asiste una vinculación directa con lo que constituye el tema que ha de decidirse en el proceso.

Ahora bien: cabe distinguir entre partes en sentido material y formal o procesal.

Parte material es el protagonista que ha intervenido en los hechos de que se trata y que se encuentra directamente involucrado en el conflicto. Es el sujeto que actúa dentro del proceso como consecuencia de una previa situación real y a quien la decisión conclusiva concernirá de modo directo y personal.

En el aspecto apuntado, la parte por antonomasia es el *imputado*, ya que el mismo se encuentra dentro de la causa porque se le atribuye haber intervenido en un suceso delictivo, porque se halla sometido a diversos constreñimientos que le condicionan y, fundamentalmente, porque el pronunciamiento definitivo declarará sobre su responsabilidad en el hecho y, de ser el juicio afirmativo, se le impondrá una sanción punitiva y, eventualmente, resarcitoria. En consecuencia, es obvio que se encuentra dentro de la relación procesal involucrado de manera directa e intransferible. Todo lo que sucede y, especialmente la decisión, le tocan e importan de forma personal e incidirán sobre su futuro.

En la realidad del suceso que motiva el proceso también debemos reparar en quien aparece como ofendido por el hecho y que es *la víctima*, a la que podemos caracterizar como el sujeto que se postula como aquel que ha sufrido las consecuencias de la conducta delictiva. Ahora bien: este sujeto pa-

sivo del entuerto, este involucrado en el conflicto a quien, obviamente, le asiste un interés que toda la actual doctrina y las reformas legislativas reconocen, aparece como parte procesal cuando cumpliendo con determinados requisitos asume el papel de *querellante*. Ello, sin perjuicio de que por la naturaleza pública de la materia penal y como derivación del concepto de bienes jurídico protegidos, se entiende que a más de la afectación personal que en la mayoría de los casos se produce como consecuencia del injusto, el mismo afecta las condiciones de vida de la sociedad en su conjunto, ya que aparece como lesiva de bienes o valores de índole general, supraindividual.

Del mismo modo, en aquellos digestos que contemplan una relación procesal civil anexa a la penal, el afectado o perjudicado por el hecho delictivo que se presenta sosteniendo una demanda resarcitoria actúa en función de un interés patrimonial, lo que de modo evidente concierne también a los demandados, por lo que podemos hablar de que las partes civiles lo son también en sentido material.

Pero en realidad, el concepto de parte material sólo presenta utilidad en orden a ciertos actos y efectos de índole estrictamente personal que conciernen a tales sujetos.

De lo que sí debemos tratar es de las *partes en sentido formal*, o más estrictamente, en sentido procesal. Este es el elemento que resulta relevante en orden a la relación que se establece, a las facultades de los sujetos y su actividad dentro del proceso.

Por cierto que existe una vinculación entre la situación e intereses materiales constitutivos de la materialidad y las legitimaciones procesales, lo que resulta evidente en el caso del imputado y aún necesitado de elaboración teórica y legal en el supuesto de la víctima. Respecto del acusador público, se supone que el mismo actúa en representación de los intereses generales tutelados por los bienes jurídicamente pro-

tegidos y en función del cumplimiento de los objetivos del orden jurídico, llevando adelante sus demandas de justicia para el logro del cumplimiento de los fines de tal orden y el consecuente restablecimiento del mismo cuando postula su violación o quebrantamiento por un acto delictivo.

Pero de todas formas, el concepto de parte material en el proceso penal, aunque presente líneas de abordaje que se ofrecen como fecundas, resulta insuficiente para una caracterización de la materia¹. Porque de lo que se trata, como ya se dijo, no es tanto de considerar la situación real en la que los sujetos se encuentran involucrados y/o comprometidos, sino de considerar las facultades que la legislación les otorga y los modos operativos en que tales facultades pueden ejercitarse.

Y al respecto conviene recordar que, precisamente, los modos de actuación derivados del proceso inquisitivo son absolutamente contrarios a una relación de partes, al extremo de que es advertible la larga reluctancia doctrinaria a la admisión de este concepto dentro del proceso penal².

Lo señalado resulta coherente dentro de los principios e ideas que dan sentido a la inquisición, toda vez que la oficialidad del aparato de justicia y la consecuente preponderancia investigativa implican la casi total ausencia o la muy reducida incidencia del contradictorio, lo que se acentúa por la confusión y a veces unificación de los poderes de acción y jurisdicción; igualmente, la idea del delito como infracción o desobediencia a la norma o mandato del soberano conlleva la irrelevancia de los intereses y voluntad de la víctima, ya que la relación –desigual– se da entre el poder estatal y el súbdito díscolo, entendido como un objeto de la investigación y no como un sujeto investido de específicas facultades.

¹ FENECH, Miguel, *El proceso penal*, Ageda, Madrid, 1982, p. 20.

² Al respecto, GUARNIERI, José, *Las partes en el proceso penal*, trad. de Cesáreo Bernaldo de Quirós, Cajica, Puebla, 1952.

De tal forma resulta notorio y fácil de comprender que el largo desarrollo de una cultura inquisitiva haya generado una actitud limitativa a la idea de partes dentro del proceso penal, lo que se advierte no sólo en más de una legislación, en las denominaciones de los respectivos capítulos y en el funcionamiento real, aun dentro de los denominados códigos “modernos”, cuya redacción parece renuente a admitir el carácter partivo de la fiscalía que muchas veces presenta un matiz que podría calificarse como híbrido, en una suerte de papel confundido con el de la jurisdicción.

Es evidente que la división de poderes y la neta diferenciación de funciones aparece como un requisito de transparencia, aumentando la dialéctica del contradictorio por un lado, y por el otro configurando con claridad las figuras de la relación procesal, lo que así mismo tiene que ver con la distribución y equilibrio, y mutuo control de los poderes realizativos.

La concentración de poder en el órgano jurisdiccional desdibuja la intervención partiva y, por lo general –y de acuerdo con la experiencia histórica–, genera amplios márgenes de discrecionalidad que, con frecuencia, se convierten en arbitrariedad. Por el contrario, un sistema que distingue neta-mente los poderes de acción, defensa y jurisdicción, y que otorga a los sujetos que ejercen los dos primeros el carácter de partes procesales ubicadas en un pie de igualdad que asegure un contradictorio leal, posibilitará el mutuo control y un desarrollo dentro del cual ningún sujeto tiene la suma del poder y, por ende, resultan difíciles, si no imposibles, los excesos y desbordes autoritarios.

Paradójicamente, la existencia de sujetos que representan dentro de la relación procesal intereses parciales es una condición de imparcialidad, en la medida en que quien deba decidir la cuestión sea otro distinto y diferenciado de ellos.

La clara diferenciación de funciones y la neta distinción

entre las diversas ubicaciones de la relación jurídico-procesal hace a la transparencia del proceso y asegura la división republicana de poderes, facilitando la mejor eficiencia en cada una de las tareas y la posibilidad de ejercer el recíproco control.

En tal sentido, es preciso avanzar sobre aspectos organizativos, ya que resulta no sólo ilógico sino también operativamente inconveniente que, como ha acontecido y aún acontece en diversas regulaciones, fiscales y defensores oficiales dependan jerárquicamente de un mismo defensor, de una identidad de carrera judicial para todos estos sujetos o que los fiscales se encuentren dentro del mismo ámbito físico y en estrecha relación con los tribunales, todo lo cual opaca el sistema y genera confusiones que redundan negativamente sobre la administración de justicia.

Aclarado lo anterior, estamos ya en condiciones de proponer el concepto de que parte en sentido procesal es aquel sujeto que representando un interés propio o encomendado interviene dentro del proceso con facultades de conocer, postular, acreditar, alegar e impugnar, formulando sus diversas instancias ante el órgano jurisdiccional en procura de una decisión que concierna a sus intereses.

Lo propio de la parte procesal es su poder de petición, resultando la misma vinculante para el órgano jurisdiccional en cuanto obligación legal de decidir, en el sentido que entienda corresponde conforme a Derecho, la admisión o el rechazo de lo solicitado. De ahí que la actividad partiva se ubique dentro de lo pertinente al ejercicio de la acción, ya que es, fundamentalmente, una facultad de petición y de consecuente intervención para hacer valer la razón y procedencia de la misma.

De tal manera, las partes aparecen como sujetos fundamentales dentro de la relación procesal, que se concreta entre ellas en un plano de horizontalidad jerárquica y de plena

igualdad, con posibilidades simétricas de acción frente a los otros sujetos fundamentales, imparciales e impartivos, que son los integrantes del órgano jurisdiccional.

3. Las partes acusadoras

Como ya fue señalado, es preciso distinguir procesal, funcional e institucionalmente, con toda nitidez, los sujetos de la acusación de los de la jurisdicción, distinción que el sistema inquisitivo desconoce y que desafortunadamente, como resabio difícil de superar, no aparece claramente en más de un ordenamiento en los que perdura esta confusión de poderes.

Es de evidencia que en los supuestos (excepcionales) de acción de ejercicio privado, el tema no ofrece dificultad. Pero en lo que hace a la acción pública, surgen los problemas; ello, porque es en definitiva el mismo poder estatal el que monopoliza las funciones de juzgamiento y de persecución penal, lo que hemos visto en los capítulos respectivos (supra, t. I, Cap. X, ps. 333 y ss.), a lo que corresponde remitirse.

De tal modo, si bien el origen de la facultad persecutoria deriva de la soberanía estatal, ello en modo alguno obsta a su diferenciación de la jurisdicción. Así como el mismo poder estatal se divide dentro de los regímenes de base constitucional en las órbitas legislativa, ejecutiva y judicial, dentro de esta última zona también cabe una distinción conceptual y funcional entre los órganos de investigación y los de decisión, ya que responden a principios y finalidades diferentes que no es posible ni correcto confundir.

En realidad la actividad persecutoria, más que la decisoria, deriva de modo directo de la potestad punitiva (supra, t. I, Cap. IX) y dentro del actual sistema de acción pública aparece como el ejercicio de promoción, desarrollo procesal, acreditación y sostenimiento de la pretensión punitiva en los supuestos correspondientes.

Así, encontramos como principal parte acusadora dentro del proceso penal a:

A) *Ministerio Fiscal*.

O Ministerio Público o Fiscalía, cuyos operadores, en su carácter de integrantes de ese cuerpo oficial, titular de la facultad de acción pública, ejercen la misma dentro de los límites y condiciones legales.

De tal modo, los fiscales aparecen dentro del proceso penal como sujetos esenciales a cuyo cargo se encuentra —en todos los casos— sostener la acusación pública y —en otros— llevar adelante la investigación preparatoria.

En la relación procesal aparecen como la parte actora por excelencia, ya que no puede haber sentencia sin acusación ni actividad investigativa sin requerimiento de instrucción (para los supuestos de códigos que aún disciplinan la instrucción formal).

Durante bastante tiempo se discutió si la Fiscalía era una auténtica parte, lo que aún se advierte en algunas denominaciones legales. Las razones para estas dudas son de diferente índole, ya que por un lado la antes apuntada confusión de los roles acusatorio y decisorio del sistema inquisitivo desdibujó las diferencias, confusión que también se agrava en muchos casos por la pertenencia de fiscales y magistrados a la misma organización burocrática, a idéntica carrera y dependencia institucional y ubicación física. Así mismo se argumenta que la fiscalía es integrante del mismo aparato oficial que la administración de justicia y, por ende, representa intereses similares, por lo que carecería de la individualidad inherente al concepto de parte.

Desde otra perspectiva, se señala igualmente que la tarea fiscal no se orienta según parcialidades, ya que su labor debe estar presidida por la ecuanimidad y la objetividad, siendo

sabido que en ocasiones puede requerir pronunciamientos desincriminatorios e incluso recurrir en favor del imputado.

En lo que toca a la primera circunstancia, ya se han explicitado los argumentos que avalan la estricta diferenciación. Y en lo que hace a lo restante, actividad y ubicación partivas no implican de manera alguna carencia de objetividad; más aún: toda la evolución contemporánea tiende a dotar a los fiscales de márgenes racionales de discrecionalidad técnica y de criterios controlables de oportunidad dentro de los que puedan decidir la promoción y continuidad de la acción y el encuadre de la pretensión.

Los fiscales actúan como partes procesales en cuanto se encuentran legitimados para promover la acción pública, ya fuere como requerimiento de instrucción en el régimen de instrucción formal o como desarrollo investigativo propio en el sistema de investigación preparatoria. Su actividad es esencialmente *requirente*, es decir, dirigida hacia el órgano jurisdiccional a quien formula las pertinentes solicitudes de decisión.

Cuando de acuerdo con las constancias logradas en la etapa investigativa el fiscal estima que formal y sustantivamente hay elementos para promover el juicio, lo requerirá a través de la instancia pertinente (requerimiento de juicio, acusación), lo que por lo común genera una etapa de crítica evaluativa de la procedencia y seriedad de la acusación que, de ser resuelta positivamente, conducirá a la apertura del juicio durante cuyas audiencias corresponderá al fiscal introducir la prueba de que se vale en acreditación de sus postulaciones y alegar sobre la misma argumentando en favor de su pretensión.

Esta actuación se realiza en todo momento en función de un interés público dirigido a la justa y razonable actuación del Derecho vigente y representando los intereses generales de la sociedad, tutelados por los bienes jurídicos protegidos

en las figuras penales de que se trate y de acuerdo con los criterios interpretativos normales que integran el concepto de delito y de sus consecuencias. Así, dentro del moderno proceso penal, el Ministerio Público ejerce su demanda de justicia en representación pública, en el sentido republicano, de la comunidad.

B) *El querellante*

Es el sujeto particular que se presenta en el proceso postulando su condición de víctima de una acción delictiva y ejerce una pretensión punitiva contra el imputado. Reúne en su persona los caracteres de parte material y procesal y, a diferencia de los fiscales, actúa en función de un interés directo.

En los casos de acción de ejercicio privado nos encontramos ante la figura del *querellante exclusivo*, ya que se trata del único sujeto legitimado para intervenir como parte acusadora.

En los supuestos de procedimiento por acción pública la legislación vigente ofrece casos en los que no se prevé la intervención del querellante y, en aquellos digestos que lo admiten, puede aparecer como *querellante conjunto o adhesivo*. En ambas hipótesis su actuación se superpone a la de los representantes del Ministerio Público integrando la parte acusadora. Pero en la primera alternativa goza de un mayor ámbito de facultades, en alguna medida autónoma, mientras que en la segunda simplemente coadyuda, pero en subordinación funcional respecto del fiscal.

De tal modo, el querellante es un sujeto esencial dentro de los delitos de acción privada y eventual dentro de los de acción pública.

4. El imputado

La acción y actividad de las partes acusadoras se proyecta y dirige hacia el sujeto concreto a quien se atribuye haber intervenido en la comisión de un hecho delictivo.

El imputado es el sujeto físico privado hacia quien se dirige la acción penal y sobre el que ha de recaer la decisión declarativa de responsabilidad respecto del hecho atribuido.

En realidad, toda la estructuración y actividad procesal gira en torno a esta figura central a cuyo alrededor fueron elaborándose, a modo de escudos contra los desbordes del poder, las diversas garantías judiciales.

Es bien sabido que en ninguna otra manifestación del orden jurídico tanto como en la penal se da una completa desmesura, una profunda desproporción de fuerzas. Por un lado, el poder estatal: policías, fiscales, aparato de justicia. Y por el otro, el individuo sometido y débil enfrentado a esos engranajes triturantes.

Por otra parte, todo ese mecanismo se pone en movimiento en torno a la figura del imputado, ya que, en definitiva, el proceso aparece como el medio de aplicación del derecho al concreto destinatario de la norma, es decir, al individuo que se supone desobedeció las prescripciones. En consecuencia, a partir de la noticia de que el hecho delictivo aconteció en la realidad histórica y de las averiguaciones sobre el mismo, se discutirán los extremos fácticos y legales determinantes de la responsabilidad penal del sindicado como autor y, en su caso, se le impondrá la sanción correspondiente, con lo que se entiende restaurado el orden jurídico lesionado o violado por el delito.

De tal modo, todo el sistema confluye y se centra en esta figura en torno a la cual gira la actividad procesal.

En consecuencia, por imputado debe entenderse al sujeto penalmente accionado.

A lo largo de la historia ha sido llamado también reo, encartado, justiciable y, según las circunstancias de su situación procesal, procesado o acusado. Pero el término imputado es el ahora aceptado como denominación genérica abarcativa de cualquier alternativa.

En consecuencia, se es imputado desde que la persona es objeto de una atribución delictiva relevante para el mecanismo penal y a lo largo de todos los procedimientos investigativos, de discusión y de impugnación, y hasta tanto una resolución conclusiva determine el rechazo de la pretensión punitiva o bien la admita, convirtiéndolo en tal caso en condenado.

Gran parte de la evolución del moderno proceso penal gira en torno al tema del imputado. Es sabido que los grandes movimientos renovadores gestados durante el siglo XVIII y consolidados durante el XIX tuvieron como constante la crítica hacia la situación de los reos en los procedimientos inquisitivos y la formulación de un sistema efectivo de garantías, las que a través de la evolución aparecen como límites infranqueables al poder penal estatal y como derechos fundamentales de lo que está investido toda persona sometida a la persecución y enjuiciamiento público.

De tal modo, situación del imputado y garantías procesales aparecen en realidad como un único tema, ya que dichas garantías *existen y tienen sentido en favor del imputado*.

La evolución histórica indicada marca la evolución desde un estadio en el que el reo era sólo un objeto de averiguación y castigo hasta la plena admisión de su condición de sujeto con derechos específicos, derivados procesalmente de su pleno papel de parte material y formal.

Así, sin perjuicio de lo ya estudiado (*supra*, t. I, Caps. VII y VIII), conviene insistir en que todo imputado aparece como el sujeto físico vivo de quien se sospecha o afirma, o postula su intervención o participación en un suceso que se entiende subsumible dentro de una figura penal legalmente vigente con anterioridad al hecho y que desde el primer momento de la actividad oficial tiene derechos operativos a saber las causas de esa actividad, no ser de ningún modo coaccionado a declarar en su propio perjuicio, ser escuchado y ofrecer prueba, contar con asesoramiento técnico y comunicarse li-

brememente con su defensor quien, por otra parte, en representación de su defendido, está investido de las facultades de instancia y control; no ser constreñido por otras medidas que las imprescindibles a necesidades cautelares interpretadas restrictivamente y no ser sometido contra su voluntad a ninguna medida que implique su colaboración en admisión de culpabilidad ni ser tratado de modo humillante, y a ser jugado por un tribunal imparcial e independiente, dentro de plazos razonables, en juicio oral y público en el que se pronuncie sentencia conforme a Derecho, susceptible de ser controlada por tribunales superiores. Estas garantías rigen para todo sujeto que, en causa penal, aparece como involucrado en un hecho delictivo, comprendiendo también a quien sustantivamente resulte inimputable.

De modo sintético, podemos concluir en que el derecho básico del imputado es el de no estar sometido a *actividad oficial abusiva*³. Persecución y enjuiciamiento penal deben estar estrictamente regidos por la legalidad imperante, a la que todos los operadores deben someterse con puntual cumplimiento.

La calidad de imputado deriva de que el sujeto se encuentre involucrado en los grados de participación legal en un hecho con apariencia delictiva que origina causa penal. Que en definitiva el hecho resulte o no delictivo y que, de serlo, el imputado tenga responsabilidad en el mismo es, precisamente, lo que se determinará a través del proceso.

Y para que esa determinación ocurra dentro de los márgenes legales, el imputado debe estar investido de posibili-

³ La fórmula aparece expresada en el meduloso voto del juez Warren en el justamente famoso caso "Miranda vs. Arizona" (384 US 436), de 1966, en el que la Corte norteamericana descalificó los procedimientos policiales tendientes a aislar y coaccionar a imputados para obtener declaraciones autoincriminantes. El extenso fallo puede consultarse en MILLER, Jonathan M.; GELLI, María Angélica y CAYUSO, Susana, *Constitución y Derechos Humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1991, ps. 430 y ss.

dades efectivas de contrarrestar la atribución, lo que lleva a la necesidad de conferirle plenitud de funciones partivas.

Conviene recordar al respecto que es inherente a la relación procesal el que la misma se concrete en un contradictorio igualitario. Para que pueda hablarse verdaderamente de proceso, es preciso la simetría entre actor y accionado. Ahora bien: las garantías, a más de responder al esquema de derechos fundamentales que se reconocen a todo habitante por el mero hecho de ser persona y por necesidades de limitación del poder estatal cuya legitimidad descansa, precisamente, en ajustarse al esquema de derechos, tienden a posibilitar operativamente la antedicha simetría. Porque de un lado encontramos todo el aparato oficial de la autoridad pública y por el otro al simple individuo, por lo que es necesario potenciar los límites del primero y las facultades del segundo, por elementales razones de equidad.

De tal forma, el imputado es sujeto principal de la relación jurídico-procesal, actuando como parte con toda la significación del concepto.

A) Momento desde el cual se asume la calidad de imputado

Una cuestión que ha preocupado a la doctrina es la atinente al momento en que se asume la calidad de imputado, lo que importa en orden a la operatividad de las facultades inherentes a esa condición. Es decir: lo que se trata de determinar es el punto inicial a partir del cual el sujeto se encuentra accionado y, por ende, legitimado a todos los efectos procesales, tanto en lo que implica la plena aplicación del sistema garantizador como a la realización de instancias conducentes a la definición de su situación.

Es obvio que el problema dista de ser meramente académico, toda vez que es sabido que la actividad persecutoria comienza por lo común con actos informales y que en la práctica ha ocurrido con harta frecuencia que en los momentos

iniciales de la investigación es no sólo donde por lo común suceden las situaciones más gravosas sino donde también se definen las bases imputativas.

Por lo común, las legislaciones de bases inquisitivas reservaban el cumplimiento de la plenitud de facultades defensivas para el momento del plenario, restringiéndolas con mayor o menor severidad durante la etapa instructoria y de hecho desconociéndolas en las actuaciones policiales. Y era precisamente en esa primera zona donde se producían las conductas oficiales abusivas de las que dan cuenta, entre otros, los casos “Miranda” o “Montenegro”. Interrogatorios bajo presiones físicas y/o psíquicas, incomunicación, ausencia de toda asistencia, intromisiones en la privacidad, constituyen sólo algunos de los tantos ejemplos conocidos de modos de actuación en los cuales el imputado sigue siendo un objeto de investigación y de manera alguna un sujeto de derechos.

Esa situación, reconocida a través de casos jurisprudenciales que sentaron clara doctrina judicial, ha obligado a un especial cuidado en la regulación de esos primeros momentos, por lo común a cargo de la policía. Claro está que la cuestión es delicada, ya que con frecuencia existen indiscutibles razones de urgencia no sólo con respecto a la eficacia investigativa sino también atinentes a impedir la prosecución de un comportamiento delictivo, pero tales razones –que pueden llevar a otorgar márgenes relativamente amplios a tales autoridades– no pueden jamás convertirse en carta blanca para comportamientos abusivos.

Pero a más de lo señalado, existen también situaciones, menos espectaculares, en las que se llevan a cabo investigaciones que pueden redundar en afectaciones de derechos y que exigen intervención partiva, aunque aún no se hayan producido gravámenes concretos sobre el sujeto investigado.

Todo esto lleva a la necesidad de una determinación del momento inicial en que alguien asume la calidad de imputado

y, por ende, se inviste de la específica legitimación que de ello se sigue.

Es necesario distinguir entre la situación general de operatividad de las garantías de que está investido todo habitante dentro de un Estado de Derecho y que limitan la intervención oficial, de los específicos derechos procesales que surgen de la condición de imputado; en tal aspecto, el rasgo decisivo es que se hayan producido *actos de procedimiento* que generen una dirección atributiva y que impliquen la existencia de un trámite ante los organismos competentes (policía, fiscalía o juzgados).

El Código Nacional resuelve la cuestión en el artículo 72 que, de modo concordante con todos los digestos del sistema mixto, establece que los derechos inherentes a la calidad de imputado pueden hacerse valer por “cualquier persona que sea detenida o indicada de cualquier forma como partícipe de un hecho delictuoso”.

Como se advierte, la norma prevé dos hipótesis: la primera es aquella en la cual se ha producido una actividad coactiva de directa incidencia, como lo es una privación de libertad, provenga la misma de una detención formal por orden judicial o sin dicha orden, o por una aprehensión. En este caso nos encontramos ante una medida cautelar de grave incidencia, por lo que resulta evidente que nos hallamos ante una concreta atribución delictiva lo suficientemente seria como para no ofrecer dudas de que implica una imputación, por lo que la consecuencia lógica que el precepto reconoce es la de que el sujeto coaccionado se encuentra investido de la calidad procesal partiva.

La segunda situación es la emergente de que, aun cuando no se haya producido una privación cautelar de libertad, la imputación existe. El supuesto más claro es el de la citación, que es el acto mediante el cual el órgano competente convoca coactivamente a una persona a comparecer ante el estrado

judicial que corresponda a los efectos de declarar sobre hechos presuntamente delictivos que se le atribuyen. De igual manera operará el requerimiento fiscal de instrucción.

Pero también pueden darse alternativas que, sin llegar a esta definición, impliquen que dentro de una investigación judicial signifiquen que se imputa a la persona la comisión de un hecho punible, como ser el reconocimiento (en rueda de personas o mediante otro procedimiento), las conclusiones de una pericia o de un sumario administrativo, o los dichos de un testigo.

En todos estos casos estamos ante actos ejecutados dentro de un procedimiento en marcha que implica la efectividad de una persecución penal, aunque aún la misma no se haya concretado en la dirección concerniente al sujeto en cuestión.

De ahí entonces que el artículo 79 establezca que: "La persona a la que se le imputare la comisión de un delito por el que se está instruyendo causa tiene derecho, aun cuando no hubiere sido indagada, a presentarse al tribunal, personalmente con su abogado defensor, aclarando los hechos e indicando las pruebas que, a su juicio, puedan ser útiles".

El Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica prevé en su artículo 6º que "las facultades que las leyes fundamentales del Estado y de este Código otorgan al imputado puede hacerlas valer la persona a quien se le atribuye participación en un hecho punible, desde el primer acto del procedimiento dirigido en su contra hasta su finalización". Por *primer acto del procedimiento* debe entenderse, según el mismo precepto, "cualquier indicación que señale a una persona como posible autor de un hecho punible o participe en él, ante alguna de las autoridades de la persecución penal".

Restaría considerar la situación de autoincriminación, es decir, la de una persona que concurre por sí ante autoridad competente para asumir la calidad de imputado. Obviamente, dada la indisponibilidad de la relación sustantiva y procesal,

ese acto carecería por sí mismo de efectos vinculantes, pero de tratarse de una versión de la que objetivamente se desprenden datos verosímiles sobre una conducta delictiva, ello se tomaría como *notitia criminis* y daría lugar a las pertinentes actuaciones.

B) *Mantenimiento de la calidad de imputado*

Ya indicamos que el término imputado alude al sujeto penalmente accionado; en consecuencia, la calidad de imputado se mantiene mientras existe la acción.

Se es imputado desde el comienzo de cualquier acto persecutorio asumido por la autoridad competente para realizarlo y hasta el momento de una resolución jurisdiccional conclusiva. En consecuencia, se deja de ser imputado cuando el sujeto es sobreseído de modo definitivo o cuando es absuelto o bien declarado penalmente responsable, dictándose la pertinente condena que, para que cumpla los efectos pertinentes, debe encontrarse firme. Esto significa que mientras se encuentran viables o en trámite los recursos contra la condena, no cesa la calidad de imputado, la que se mantiene a todos los efectos procesales, ya fuere en el trámite de segunda instancia o ante un tribunal superior.

Los códigos hablan de los derechos del imputado como vigentes *hasta la terminación del proceso* lo que implica un pronunciamiento final al respecto, no susceptible de otro ulterior.

Mientras se encuentra el proceso en trámite, cualquiera fuere su estado, se mantiene la calidad de imputado.

Circunstancias como el hecho de la muerte del accionado o su inimputabilidad sobreviniente, la prescripción, la amnistía o la derogación de la figura sustantiva cuya comisión se atribuye, serán elementos que el órgano jurisdiccional deberá inexcusablemente tomar en cuenta para la definitiva desincriminación, pero ello ocurrirá mediante el dictado del sobreseimiento.

Igualmente, la decisión de suspender el proceso (*probation*) deja vigente, por el plazo que se disponga en la resolución, la calidad de imputado, la que cesará recién al operarse el término correspondiente.

En el trámite de la instrucción formal, el imputado, de haber mérito para ello, se convierte en *procesado* cuando operan determinados requisitos, pero ello sólo implica una definición de los hechos atribuidos y del derecho invocado, aunque a los efectos de la situación no conlleva variaciones. Lo mismo puede decirse cuando, sobre la base de las constancias de la etapa preparatoria (instrucción jurisdiccional o investigación fiscal) el acusador plantea la acusación, lo que convierte al imputado en *acusado*, pero sin que tampoco se presente una modificación.

C) *Derechos del imputado*

El sistema de garantías establecido por la Constitución y los pactos internacionales a favor de todos los habitantes de la Nación operan de modo concreto y específico en favor de la persona que es objeto de una atribución delictiva, que de modo genérico implican el juzgamiento a través de un proceso regular o debido proceso.

En tal sentido, podemos puntualizar como derechos fundamentales los siguientes:

- 1) Toda actividad penal puede efectuarse única y exclusivamente por un acto, conducta o acontecimiento en principio subsumible dentro de una descripción genérica efectuada en ley vigente con anterioridad al suceso (*principio de legalidad*).
- 2) La investigación y juzgamiento debe hacerse ante organismos competentes conforme a las leyes orgánicas de la materia (*juex natural*).
- 3) No puede haber múltiple o sucesiva persecución y/o juzgamiento por los mismos hechos (*non bis in idem*).

- 4) Hasta tanto una sentencia firme, pasada en autoridad de cosa juzgada, no determine la responsabilidad penal por el hecho atribuido, el imputado está investido del estado jurídico de inocencia, debiendo ser tratado como tal, y correspondiendo al órgano de la acusación acreditar la autoría culpable (*principio de inocencia*).
- 5) Ser informado de los hechos atribuidos, de los derechos que le corresponden y ser debida y fehacientemente notificado de todo decisorio que implique una definición de su situación procesal.
- 6) Tener debidas y efectivas posibilidades de ser oído durante todo el curso del procedimiento, de efectuar instancias y/o indicaciones, y dirigirse por sí o por sus abogados a las autoridades competentes y ofrecer prueba, y de no ser en ninguna circunstancia y por ningún medio obligado a declarar y/o a realizar actos que impliquen reconocimiento de culpabilidad.
- 7) Contar, durante todo el curso de los procedimientos, con la debida y efectiva asistencia y representación técnica, la que podrá elegir libremente y, en el caso de que no pudiere o quisiere designar defensor de confianza, ser provisto de un defensor de oficio; poder comunicarse sin limitaciones con su defensor y exigir su presencia para todo acto en que como imputado debe intervenir personalmente.
- 8) No ser constreñido ni sometido a medidas cautelares más allá de los límites estrictamente necesarios para la realización del proceso, los que deben cesar o modificarse del modo más favorable cuando varíen las circunstancias, ni ser tratado de manera humillante, vejatoria o intimidatoria y ser resguardado en un ámbito razonable de privacidad.
- 9) Encontrarse sometido a investigación y juzgamiento sin dilaciones innecesarias y ser juzgado públicamente

en tiempo razonable, contando durante el curso procedimental con medios efectivos para hacerlo cesar cuando hubiere elementos relevantes de desincriminación⁴.

- 10) Tener posibilidades de recurrir de las resoluciones que lo afecten y/o le causen gravamen, y de contar con órganos de control de la legalidad de los procedimientos y de la debida aplicación del Derecho sustantivo, todo conforme con las garantías constitucionales.

D) *Individualización, presencia y ausencia (rebeldía) del imputado*

Ya se indicó que todo el proceso penal se realiza y desarrolla en torno a este sujeto esencial, al que se atribuye la comisión de una conducta prevista como delito en la ley sustantiva y al que, de corresponder, se lo declarará como autor responsable del injusto y se le impondrá sanción punitiva.

En consecuencia, resulta de evidente necesidad que uno de los primeros requisitos de todos los procedimientos sea el relativo a la correcta y certera individualización de la persona accionada. Debe saberse con certeza de quién se trata y evitar al respecto cualquier confusión. De ahí que los códigos presten particular atención al tema, estableciendo reglas específicas que, a más de las generales respecto a la investigación del sospechado como autor, procuran establecer sin dudas su identidad (art. 74, C. P. N.).

Las razones de este cuidado en la identificación refieren,

⁴ Lo señalado en los dos apartados g y h, es lo que Leone define del modo siguiente: "El *favor libertatis* debe entenderse como el principio en virtud del cual todos los instrumentos procesales deben tender a la rápida restitución de la libertad personal del imputado que esté privado de ella, cuando vengan a faltar las condiciones que legitimen el estado de privación de libertad.

"El principio de *favor rei* debe entenderse como el principio en virtud del cual todos los instrumentos procesales deben tender a la declaración de certeza de la no responsabilidad del imputado, y concierne no ya al estado de libertad personal, sino a la declaración de certeza de una posición de mérito en relación a la *notitia criminis*" (LEONE, *Tratado...* cit., t. I, p. 189).

de modo notorio, a que la investigación y debate, como así la eventual imposición de pena, sean con respecto a la persona de que en verdad se trata. Pero también conciernen a los antecedentes penalmente relevantes (condenas o procesos anteriores, circunstancias personales, motivos de la comisión del hecho, medios de vida) con incidencia en la decisión sobre la condena.

También corresponde determinar si *el imputado es imputable*, que concierne a aquellos casos en los que el accionado se encuentra dentro de los supuestos que rigen la *inimputabilidad* conforme con las disposiciones sustantivas sobre la materia. Estas hipótesis se encuentran previstas en los artículos 76 a 78 inclusive del Código de rito nacional.

Y el deber esencial de quien resulta penalmente accionado es el de comparecer y someterse al proceso, cuya tramitación le resulta impuesta sin que pueda legalmente sustraerse a ella, lo que marca una nítida diferencia con los procedimientos civiles que resultan disponibles para las partes.

De tal modo, la presencia del imputado en el proceso resulta necesaria, tanto por la indisponibilidad de la relación como para asegurar los fines generales de dicho proceso, con especial relación a la efectividad de la sanción punitiva que pudiere corresponder.

Queda en claro entonces el *carácter obligatorio* de la presencia del imputado en el proceso penal, presencia que es impuesta de modo coactivo a través de las diferentes medidas cautelares, que van desde la citación a la prisión preventiva.

Así mismo esta presencia permite al imputado el ejercicio de sus específicos derechos que surgen de las garantías judiciales.

Si por cualquier medio el imputado rehúye su comparecencia, es decir, si legalmente citado no concurre o estando detenido se fuga, se produce la hipótesis que tradicionalmente ha sido nombrada como *rebeldía*. La misma debe distinguirse

de la simple ausencia, que es la situación de hecho en la que el imputado no es hallado o no concurre a la citación. La rebeldía es un estado jurídico que deriva de una expresa declaración jurisdiccional, motivada por la antedicha ausencia en determinadas condiciones. Según el artículo 288 del C. P. P. N. procederá cuando el imputado, sin causa justificada:

- a) No compareciese a las citaciones judiciales;
- b) se fugase del lugar de su detención, o
- c) se ausentase del ámbito que le ha sido establecido, sin conocimiento y consentimiento competente.

La declaración de rebeldía debe dictarse mediante auto, en el que se ponderen las circunstancias de hecho que llevan a la medida, y produce diversos efectos. El más notorio es el que refiere a la libertad del imputado, ya que si la misma no había sido cautelarmente privada, se dispondrá lo pertinente a la revocación de la excarcelación, exención de prisión o estado de libertad, ordenándose en todos los casos la detención. Igualmente y como es obvio, la rebeldía suspenderá el carácter de parte procesal del imputado, no pudiendo, mientras ese estado se mantenga, hacer peticiones, interponer recursos ni ser notificado de las resoluciones que le conciernan. Así mismo, dentro de nuestro régimen legal, la rebeldía impide que el proceso alcance el estado en el que se dicta la resolución conclusiva, aunque según sea el grado de desarrollo de los procedimientos durante los cuales se produce, las consecuencias serán diferentes. El artículo 290 del C. P. P. N. establece que la rebeldía no produce la interrupción del curso de la instrucción y sí la del juicio. Pero debe advertirse que aun durante la etapa preparatoria, si el imputado no es hallado o no concurre a la citación para prestar declaración indagatoria, el procedimiento de hecho se paraliza.

La suspensión de la actividad procesal como consecuencia de la declaración de rebeldía se mantiene hasta que el imputado comparezca nuevamente, ya fuere por su propia vo-

luntad o por haber sido hallado por la fuerza pública. Al respecto debe señalarse que si el justiciable justifica su incomparecencia por impedimentos atendibles, la rebeldía será revocada.

La regla de la suspensión de la actividad procesal como consecuencia de la declaración de rebeldía no se encuentra en otros ordenamientos del Derecho Comparado y ha sido también cuestionada en doctrina, señalándose que, de hecho, implica una situación de favorecimiento al imputado renuente que, incluso, puede verse favorecido por la prescripción; así mismo, que el juicio implica una oportunidad para ejercer sus defensas y si decide no afrontarlo deberá cargar con las consecuencias de su opción.

5. El defensor

Es el sujeto que actúa dentro del proceso penal asistiendo y representando al imputado y actuando en función de los intereses de éste.

Desde un punto de vista material, así como se entiende que los fiscales intervienen oficialmente en representación de los intereses generales tutelados por los bienes jurídicamente protegidos, el defensor lo hace en nombre y por cuenta del individuo sometido al enjuiciamiento, procurando la desincriminación, la absolución o la mayor levedad de la sanción, como así las mejores condiciones posibles dentro del curso procesal.

Ya indicamos al tratar de las garantías que limitan el poder penal estatal que una de las más importantes, de más antiguo origen, y enfáticamente reconocida en el texto constitucional y en los pactos internacionales, es la de la defensa⁵.

⁵ A más de lo tratado en el tomo I, me remito a: VAZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo, *La defensa penal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1989.

Desde una perspectiva procesal, el derecho de defensa puede ser entendido dentro de un concepto amplio de acción, ya que en lo básico, con prescindencia de la procedencia de las pretensiones que sostenga, el establecimiento de una válida relación procesal implica la efectiva contradicción, entendida también como derecho a la jurisdicción. En consecuencia, la defensa es un requisito imprescindible del debido proceso, cualesquiera fueren los cargos y los elementos probatorios en contra del imputado.

El titular del derecho de defensa es el imputado.

Como se sabe, se ha distinguido tradicionalmente entre *defensa material y técnica*. La segunda es derivación de la primera.

La defensa material es aquella realizada de modo personal e insustituible por el propio imputado y se manifiesta principalmente en todos aquellos actos que realiza por sí, tales como sus declaraciones, tanto en la etapa investigativa como durante el juicio; en la reconstrucción del hecho, reconocimiento de personas y/o elementos probatorios, y careos con otros imputados y/o testigos. Tales actos son de índole voluntaria y, de manera alguna, puede ser constreñido a la producción de los mismos. Pero respecto de aquellos otros numerosos y variados actos que implican el desarrollo de la actividad procesal, la situación es diferente, ya que se encuentran sujetos a condiciones técnicas y su producción responde a la consecución de determinados objetivos. Por supuesto que también la ejecución de tales actos puede ser llevada a cabo por el propio imputado a quien los códigos, especialmente los de antiguo linaje, otorgan de manera expresa esta facultad de *autodefensa técnica*, que en las legislaciones y práctica contemporáneas se convierte en un supuesto excepcional.

En la casi totalidad de los supuestos, quien se encuentra sometido a causa penal requiere de la colaboración e inter-

vención profesional de alguien idóneo en la materia que pueda intervenir con mayor eficacia para la protección de sus intereses.

De ahí que se entienda que como derivación y complemento de la defensa material surge la defensa técnica, ejercida por el defensor.

La *designación de defensor* es un acto de defensa material que corresponde de manera exclusiva al imputado, quien tiene esta facultad a lo largo de todas las instancias del proceso. En aquellos casos en que el imputado se encuentre detenido e incomunicado, familiares o allegados pueden formalizar una *propuesta de defensor*, la que se deberá hacer conocer lo más rápido posible al interesado, pero en todos los casos antes de ser invocado a prestar declaración o de cualquier acto en el que deba intervenir. Por supuesto que tal propuesta no resulta vinculante para el imputado, que puede o no aceptarla.

Así mismo el imputado puede cambiar de defensor tantas veces como le parezca necesario.

La designación de defensor por parte del imputado es vinculante para el funcionario judicial competente en la tramitación de que se trate, debiendo limitarse tan sólo a la verificación de que el designado reúne las condiciones legales para el ejercicio del mandato. Por lo común, estos requisitos son la de poseer título de abogado e inscripción en la matrícula respectiva, aunque hay legislaciones que obvian esto último en situaciones de urgencia. De igual modo, el tribunal deberá determinar que no existan incompatibilidades específicas, como ser las derivadas de que el designado resulte imputado en la causa, o testigo, o en el supuesto de defender a dos o más imputados simultáneamente, que se dé conflicto o divergencia de intereses entre los defendidos.

El defensor será tenido como tal a partir del momento en que de modo expreso acepte el cargo o bien cuando aun antes de haberlo efectuado lleve a cabo actos inequívocos de defensa

en favor de quien lo ha instituido. Cesará en ese carácter por renuncia expresa, por finalizar su cometido al terminar definitivamente el proceso, por revocar el imputado el mandato o por separación jurisdiccional por notorio mal desempeño en los casos establecidos en la ley.

Corresponde al defensor realizar todos aquellos actos necesarios para el debido asesoramiento de su cliente y los procesalmente necesarios para el ejercicio de la defensa en su aspecto técnico, es decir, los que implican conocimientos específicos de la materia jurídico-penal. Lo primero refiere a lo que se conoce como *asistencia* y lo segundo a la *representación*, pudiendo citarse, a título meramente ejemplificativo, la interposición de incidentes excarcelatorios, proposición y control de diligencias probatorias, contestación de vistas y traslados, alegaciones, y planteo y sostenimiento de recursos.

En todas estas tareas, el defensor posee amplios márgenes de discrecionalidad técnica, toda vez que del estudio de la causa y de las particularidades de la misma derivarán los enfoques en orden a la estrategia general del caso y las tácticas a emplear. Por supuesto que el éxito de las mismas dependerá del caso y de su idoneidad y dedicación. Un desempeño negligente o notoriamente incorrecto, por no hablar de intencionalidades dolosas, podrá aparejar responsabilidades tanto dentro del proceso como conforme a los principios generales de la *mala praxis*.

Lo que debe quedar perfectamente en claro es que el defensor representa dentro de la relación procesal una posición neta y claramente partiva, dirigida a la defensa del interés individual y concreto del imputado y su tarea, por ende, no es en manera alguna la de colaborador de la justicia (como gusta repetir el discurso de *progenie inquisitiva*) ni tiene compromisos con otra verdad que la que favorece a su defendido. Por si cualquier razón entiende no compartir tal posición, su

deber ético es el de no aceptar el cargo o bien renunciar al mismo, siempre de modo que no perjudique la situación del imputado ni viole el secreto profesional.

Dentro del actual sistema de defensa técnica aparecen:

A) *Defensor particular o de confianza*

Es el profesional del Derecho que asume, por expreso encargo del imputado, la defensa del mismo. El vínculo es de naturaleza contractual e incumbe en sus relaciones y estipulaciones a la órbita exclusiva de los interesados, constituyéndose, manteniéndose y cesando por la voluntad de ellos.

La misma denominación con que se conoce a este sujeto indica a las claras que se da entre el imputado y su defensor una elección libre, motivada por razones que llevan al justificable a confiar en el profesional designado por motivos de conocimiento personal, prestigio público, dedicación o de cualquier otra índole que le permitan prever un desempeño leal y eficaz.

Sobre la base de lo señalado, puede ser caracterizado como el abogado que, por cuenta del imputado, lo asiste y representa en causa penal determinada, integrando la parte accionada y procurando las resoluciones más favorables a la misma⁶.

En la evolución histórica de las prácticas jurídicas, la figura del defensor particular aparece casi como sinónimo del ejercicio de la abogacía y abundan casos ejemplares en los cuales, aun con riesgo personal, esta actividad apareció como freno valiente de los desbordes autoritarios, de las

⁶ Vélez Mariconde propone la siguiente definición: "Es el abogado que asiste y representa al imputado durante la sustanciación del proceso, protegiéndolo e integrando su personalidad jurídica mediante el ejercicio de poderes independientes de su voluntad, en virtud del interés individual y por exigencias del interés público" (VELEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, Lerner, Córdoba, 1981, t. II, p. 399).

persecuciones políticas y de las arbitrariedades del poder oficial⁷.

Desde un punto de vista contrario, hubo oportunidades en las que el defensor fue entendido como una suerte de consorte de la delincuencia, o como un obstáculo para la averiguación de la verdad y el castigo de los culpables.

Tanto por una u otras razones, la relación del defensor con la administración de justicia no fue siempre fácil y de esa ambigüedad, que en ocasiones alcanzó dimensiones de conflicto, abundan los ejemplos. Pero lo cierto es que en un análisis jurídico y prescindiendo de retóricas, la figura del defensor particular es una de las más relevantes dentro del proceso penal y acentúa la órbita de poder y actuación privada frente a los aparatos oficiales. Ejerce una actividad técnica específica, cuyas manifestaciones preponderantes son las relativas al estudio del caso y el pertinente asesoramiento al justiciable, las gestiones para el aseguramiento o recuperación de la libertad durante el proceso, la proposición y control de pruebas, las alegaciones y la interposición y mantenimiento de los recursos. En gran medida, su intervención es simétricamente contraria a la de las partes acusadoras y, como ya se ha dicho con insistencia, la actuación se hace en representación del interés individual confiado, ejerciendo derechos de postulación procesal ante el órgano jurisdiccional y por cuenta y orden de quien le confiere el mandato⁸, desempeñándolo autónomamente de

⁷ En este sentido: BIELSA, Rafael, *La abogacía*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1960. En p. 26, dice: "El oficio de la defensa añade a la condición y a los atributos del abogado una cualidad que define el sentido de su profesión como defensor de la libertad y el derecho, aun a costa de su propia tranquilidad, pues que lo obliga a la lucha, no sólo contra el adversario, sino también contra la arbitrariedad y el despotismo de la autoridad cuando ésta se ha afirmado por estos medios". Debe reconocerse que la historia en general y la latinoamericana en particular, presenta abundantes casos que justifican tal reflexión.

⁸ MOSSET ITURRASPE, Jorge, *Mandatos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996, Cap. V.

acuerdo a las circunstancias y según sus conocimientos y estrategia. Por tal tarea, será retribuido de acuerdo con las condiciones pactadas o según las pautas de las regulaciones arancelarias.

Las legislaciones modernas coinciden en otorgar —al menos dentro de situaciones normales— un papel fundamental al defensor particular, el que aparece reconocido, como derecho del imputado, en los pactos internacionales que, además, consagran la facultad de la libre comunicación entre imputado y defensor (art. 8º, apartado h, del Pacto de San José).

El artículo 104 del C. P. P. N., de modo similar a los digestos del sistema mixto, establece que “el imputado tendrá derecho de hacerse defender por abogado de la matrícula de su confianza...”, pudiendo hacer la designación por “cualquier medio” aun encontrándose sujeto a incomunicación. El mandato que, salvo mención expresa en contrario, también refiere a la eventual cuestión civil, subsiste mientras no sea revocado o bien el defensor renuncie.

Respecto del *número de defensores* el digesto federal, al igual que otros muchos provinciales, los limita a dos. Se aducen como justificación razones de simplificar el trámite, las que son desde todo punto de vista débiles, toda vez que cualquier problema derivado de la intervención profesional múltiple se soluciona con la regla de unidad de representación y domicilio. Es sabido que ante causas complejas y con aristas diversas, la defensa (al igual que la acusación) puede necesitar de diversos abogados, tanto para el estudio pertinente como para atender a las diversas diligencias, por lo que en verdad esa regla limitativa carece de fundamentos y aparece como una intolerable cortapisa al derecho de defensa.

El artículo 111 del digesto citado reconoce la figura del *abogado sustituto* que, con consentimiento del imputado, puede intervenir cuando el titular tenga impedimentos legítimos.

Ya se indicó que la relación entre el imputado y el abogado

de confianza se rige por las reglas liberales del contrato, lo que implica que la aceptación del mandato es facultativa. Al respecto debe señalarse que hace a la responsabilidad profesional el analizar si, por las circunstancias del caso, sus dificultades técnicas y exigencias de trámite, se está en las debidas condiciones de idoneidad y dedicación para poder afrontarlo con éxito. Por ello, el segundo párrafo del artículo 106 del C. P. P. N. establece un plazo de tres días para el examen de las actuaciones, salvo los supuestos de secreto de sumario, para decidir sobre la aceptación del cargo. Sobre esto debe señalarse que la norma significa un avance respecto de regulaciones que impedían que los profesionales consultaran las actuaciones antes de la declaración indagatoria. De manera alguna puede obstaculizarse la posibilidad de un conocimiento que resulta fundamental, no sólo para la decisión de asumir o no la defensa, sino para poder asesorar adecuadamente al cliente. Y aun en supuestos de reserva de los autos, deben suministrarse al abogado los datos básicos para saber la índole de la imputación y las tramitaciones relevantes.

El defensor que ha aceptado el cargo no puede abandonar arbitraria o injustificadamente la defensa, debiendo desempeñarla conforme a Derecho e incurriendo en responsabilidades si omite el cumplimiento de sus deberes específicos (arts. 112 y 113, C. P. P. N.).

B) *Defensor de oficio*

Habida cuenta de que el imputado asume la calidad de tal con independencia de su voluntad y de que el desarrollo del proceso penal se desenvuelve de modo obligatorio y con frecuencia gravoso, como así también que las consecuencias de una condena implican importantes pérdidas de bienes jurídicos, elementales razones de justicia exigen que el justi-

ciable cuenta con la asistencia y representación necesarias a la legal oposición de la pretensión punitiva.

Ya hemos indicado que dentro del proceso moderno la figura del defensor aparece como la de un sujeto fundamental complementando la figura del imputado, al extremo de haber coincidencia doctrinaria respecto de que la falta de un defensor significaría una notoria y descalificante lesión al derecho de defensa y un quebrantamiento de la garantía constitucional.

En el proceso penal, no basta la posibilidad del ejercicio de la defensa, sino que se exige su efectividad, por lo que la presencia de un defensor es insoslayable (salvo los supuestos excepcionales de autodefensa técnica) y debe entenderse como una de las condiciones para la validez de dicho proceso.

En consecuencia, desde el momento inicial de las actuaciones persecutorias hasta la definitiva finalización de los procedimientos, el imputado debe estar en condiciones de contar con la presencia de un defensor que lo asista y represente.

Al respecto, ya hemos visto que la regla es la de que el justiciable sea atendido por un abogado de su confianza, libremente elegido.

Ahora bien: en aquellos casos en que por cualquier razón el imputado no puede, no quiere o demora en instituir a un profesional particular, corresponde que el propio aparato estatal de justicia provea un defensor, a cargo del Estado, para que asuma la defensa técnica, ejerciéndola a todos los efectos y con las mismas facultades y deberes que un abogado de confianza.

La diferencia respecto del defensor particular o de confianza radica, fundamentalmente, en que éste es designado por la libre y deliberada decisión del imputado, mientras que en el caso que nos ocupa, el cargo es provisto por los organismos o de manera oficial. De ahí que, en realidad, corresponda hablar de *designación de oficio*, denominación más co-

rrecta que la tradicional de defensor oficial y que cubre diferentes supuestos⁹, ya que lo relevante es que la provisión de abogado defensor a quien, por cualquier motivo, no lo tiene, es efectuada por el órgano judicial y puede recaer, según los sistemas, en un integrante de instituciones al efecto o en abogados de la matrícula.

Desde el punto de vista de la lógica de las ideas que se exponen debe quedar en claro que la regla es que el derecho de defensa se ejerce con plenitud a través del defensor de confianza, apareciendo la designación de oficio como una excepción, como una situación de carencia suplida de modo oficial, tanto para no impedir, dilatar o dificultar los procedimientos como para el debido cumplimiento y efectividad de la garantía de la defensa en juicio. Sin embargo, en la realidad del funcionamiento del sistema penal, los hechos indican que sucede lo contrario y que aquello que se formula como regla aparece como excepción y viceversa.

La clientela habitual y mayoritaria del sistema penal está compuesta por marginales y por gente que, por lo común, carece de posibilidades para contratar defensores particulares, lo que conduce a que una considerable cantidad de causas se tramite con la intervención exclusiva de defensores oficiales, muchas veces desbordados por el elevado número de asuntos a su cuidado.

Este servicio también fue conocido como “defensa de pobres”, remontándose sus orígenes a remotos tiempos¹⁰. Y es también sabido que, por lo común, las buenas intenciones que guiaban la implementación del sistema distaba de concretar resultados estimables.

⁹ VAZQUEZ ROSSI, *La defensa penal* cit., p. 171.

¹⁰ En *Las Partidas* (III, Tít. VI, ley 6) se mandaba que los jueces debían dar abogado a la viuda, a los huérfanos y a demás personas desvalidas y pobres, quienes si careciesen de dinero para pagar estipendios judiciales, debían ser igualmente atendidas.

La experiencia sobre tal hecho ha conducido a que se discuta sobre la mejor manera de organizar el servicio de defensa técnica oficial. Dentro de la historia institucional argentina, el tema aparece regulado en el artículo 353 de la ley 50, siguiendo los lineamientos de la legislación española de la época, y en la ley 1893 se establece que lo atinente a la defensa de pobres en el orden nacional corresponde a defensores oficiales, designados por el Poder Ejecutivo y con cargo al presupuesto. De tal manera, se encomienda la defensa de aquellos imputados que no designan defensores de confianza, a funcionarios oficiales que actúan, por turno, dentro de los juzgados. Con ligeras variantes, el sistema es adoptado en las distintas provincias, quedando así mayoritariamente estructurado el instituto de la defensa oficial como parte del aparato y dentro de la carrera judicial y, por lo general, dependiendo del Ministerio Público lo que implica una notoria incongruencia. En otros países lo relativo a la defensa oficial se encuentra dentro del ámbito de procuradurías, diferentes de las fiscalías, lo que resulta mucho más lógico.

Para aquellos casos en que la defensa de oficio no recaiga sobre un funcionario específico y sea encomendada a un abogado de la matrícula, la misma tiene carácter de carga pública. El digesto nacional regula la cuestión en el artículo 106 estableciendo, como excepción al carácter facultativo de la defensa particular, la obligatoriedad de la aceptación (claro está, no mediando razones atendibles) en sustitución del defensor oficial.

En la realidad tribunalicia, como acontece con tantos otros institutos, el sistema mayoritariamente imperante no ha dado buenos resultados y en muchos casos ha acontecido que los imputados sin defensores de confianza se encuentran de hecho con sólo una apariencia de defensa técnica y en un estado de verdadera indefensión, sin asistencia genuina y con re-

presentaciones a veces puramente aparentes. Ello ocurre con prescindencia de la capacidad y dedicación individual de los funcionarios (a veces de meritorio desempeño), ya que el problema deriva de la misma estructuración del sistema y de un notorio recargo de tareas.

Cuando se emprendió el más importante proyecto de modificación integral del sistema de justicia en el orden nacional (Proyecto del Poder Ejecutivo, 1987) se atendió, dentro de los lineamientos de una ley organizativa, a lo que se denominó "Servicio oficial de defensa", con la intervención y colaboración de la Federación Argentina de Colegios de Abogados y mediante el cual se planificaba la tarea de defensa oficial a cargo de abogados de la matrícula. Lamentablemente, esta iniciativa no llegó a sancionarse, pero queda el trabajo como un antecedente importante que marcó una línea de positivas posibilidades¹¹.

De todas maneras, lo que debe quedar en claro es que la diferencia entre el defensor de confianza y el oficial estriba únicamente en lo que hace a su modo de designación y retribución, pero sus funciones resultan esencialmente idénticas, constituyendo en el proceso penal moderno un sujeto fundamental que se integra como parte formal a la parte material por excelencia, es decir, al imputado.

C) *Facultades, funciones y deberes del defensor penal*

Para el cumplimiento de su tarea, el defensor está investido de una jerarquía igual a la de los otros sujetos esenciales, situado en un pie de igualdad con los órganos de la acusación y sólo subordinado al tribunal en lo que hace al respeto a la investidura jurisdiccional y a la responsabilidad de los jueces como directores del proceso. Por lo común, esta ubicación del defensor se encuentra legalmente reconocida en los digestos orgánicos o en disposiciones específicas.

¹¹ VAZQUEZ ROSSI, *La defensa penal* cit., p. 173.

En lo que hace a las facultades, el defensor tiene pleno carácter partivo, pudiendo examinar las actuaciones, salvo en los momentos iniciales en que, excepcional y fundamentalmente, se haya decretado el secreto, pero el mismo no puede nunca extenderse al conocimiento de las declaraciones del imputado, a diligencias definitivas y a los datos esenciales de la imputación. Fuera de esta situación, que debe interpretarse restrictivamente, el defensor tiene libre acceso a la tramitación de la causa, tanto en lo que hace a la consulta de las actas (de las que puede extraer copias) como a su asistencia a los actos.

De igual modo, el defensor debe poder comunicarse con su defendido, cuestión que no ofrece dificultad alguna cuando el imputado se encuentra en libertad, pero que puede complicarse en los supuestos de detención; en tales casos, el abogado goza de libre acceso, sólo limitado por el cumplimiento de disposiciones de seguridad y orden administrativo, debiendo disponer de espacio físico con un mínimo de privacidad. De igual forma, durante las audiencias, el defensor estará junto a su defendido, lo que se hace especialmente importante en la de debate.

El referido carácter de parte formal lo legitima para el ejercicio de todos aquellos actos procesales que juzgue conducentes al debido desempeño de su ministerio, debiendo mencionarse aquellos relativos al aseguramiento o restitución de la libertad de su defendido, el ofrecimiento y control probatorio y las alegaciones sobre los hechos y derechos de la causa, como así también interposición y mantenimiento de recursos.

Respecto de los deberes, es obvio que el abogado tiene uno fundamental de lealtad hacia su cliente, encontrándose obligado —una vez aceptado el cargo y no mediando razones que lleven a la renuncia— a desempeñar del mejor modo posible y conforme a Derecho su tarea de defensa, buscando

en las diversas situaciones y, especialmente, ante la decisión de fondo, lo más favorable para su pupilo (arts. 109, 112 y 113, C. P. P. N.).

6. Las partes civiles

En los códigos que disciplinan la relación procesal civil como anexa e integrada a la penal encontramos como sujetos eventuales a las partes civiles, cuyo ámbito de actuación concierne a las cuestiones resarcitorias, patrimoniales y/o morales, derivadas de los daños ocasionados por el delito cuya investigación y discusión se tramita como objeto principal de los procedimientos.

A) *Actor civil*

Es el sujeto que interviene dentro de un procedimiento penal ya iniciado, promoviendo la acción civil de la que deriva y establece la relación procesal civil anexa a la penal. Su legitimación sustantiva deriva de la postulación de que, por causa de los hechos delictivos por los que se ha accionado penalmente y que dieron lugar al pertinente procedimiento, ha sufrido daños cuya reparación pretende.

Se introduce en el proceso mediante una *instancia de constitución* en la que expone los motivos y señala hacia quién o quiénes se dirige, la que puede tener lugar desde que se ha promovido la acción penal hasta el fin de la etapa instructoria, planteándose la demanda, según los códigos, en la etapa intermedia o en el juicio.

La intervención del actor civil (que por lo común lo hace a través de apoderado) se dirige a la acreditación de los hechos que entiende ilícitos y a la comprobación de los daños sufridos; igualmente está habilitado para solicitar medidas cautelares, restituciones e indemnizaciones (art. 91, C. P. P. N.) y, en lo que a sus pretensiones concierne, interponer recursos.

El actor civil aparece como un sujeto con neto carácter

partivo, tanto en el aspecto material como formal. Pero ello restringido a la esfera de su interés resarcitorio, lo que limita su intervención a esos aspectos civiles, sin que pueda confundírsele con el querellante, aunque es frecuente que se dé la coincidencia de haber resultado ofendido y damnificado por el hecho delictivo, que —en los códigos que lo autorizan— ejerza ambos papeles y que lo relativo a la acreditación de los hechos implique considerar idéntica plataforma fáctica.

Como se señaló, el actor civil interviene inicialmente, luego de la instancia de constitución, en la etapa preparatoria, de la que surgirán los elementos para después fundar e interponer la demanda, que dará lugar a un específico contradictorio, en cuyo término expresará conclusiones.

B) *El civilmente accionado*

La relación procesal civil se constituirá con el accionado civilmente. Si bien el actor puede constituirse aun no estando individualizado el imputado (art. 88, C. P. P. N.), resulta evidente que la relación sólo se formalizará cuando se sepa hacia quién o quiénes se dirige la acción. En este sentido debe señalarse que, de instaurarse la acción, la misma deberá dirigirse necesariamente contra los imputados, reglas que los códigos provinciales exponen con claridad. De igual modo, la acción también podrá dirigirse hacia aquellos que, conforme a las reglas civiles, tienen responsabilidad indirecta (arts. 1113 a 1123, Cód. Civ.), lo que en algunos digestos se conoce como *terceros civilmente responsables*, categoría en la que puede ubicarse la aseguradora citada en garantía, aunque el origen de su obligación sea de índole contractual.

Estos accionados civiles, especialmente cuando se convierten en *demandados*, aparecen como sujetos partivos con las consecuentes facultades.

7. La víctima

La víctima es el sujeto que se postula o aparece como puntual y concretamente ofendido por los hechos delictivos. Es quien aduce ser sujeto pasivo de las acciones ilícitas, aquel que ha padecido de manera real la ofensa criminal.

Como ya lo hemos estudiado (supra, t. I, Cap. III, ps. 121 y ss.), dentro del sistema acusatorio privado la víctima era el protagonista fundamental del proceso y quien se encontraba legitimado para accionar. Esta situación cambia radicalmente con el advenimiento y consolidación del sistema inquisitivo y con el surgimiento del monopolio estatal de la función persecutoria y decisoria estatal, con la acción y la pena públicas. Si bien a lo largo de los tiempos perduran algunas manifestaciones de acciones privadas, las mismas aparecen como excepciones frente a la regla de la oficialidad de la promoción y desarrollo de los procedimientos punitivos, de los que estaban excluidos los particulares, siendo irrelevante su voluntad e intereses.

De tal modo, el conflicto real entre particulares queda sustituido totalmente por el conflicto del poder estatal con quien ha desobedecido los mandatos soberanos. Esto significó una exclusión de la víctima, la que sustantivamente no importa (la lesión del delito no se dirige a una persona, sino a un "bien jurídico") y procesalmente puede asumir tan sólo los papeles de denunciante y/o de testigo. De esa manera, la posición jurídica de la víctima resultaba por completo irrelevante, lo que se acentuó aún más con la difusión de los códigos del sistema mixto que, en su gran mayoría, excluyeron de sus regulaciones la figura del querellante en los delitos de acción pública.

En los últimos años se ha producido un importante movimiento en orden a un intento de superación de la antedicha situación, el que a grandes rasgos puede caracterizarse como

un retorno a la búsqueda de modos efectivos de superación o de solución de los conflictos reales¹².

Es probable que una de las muchas causas (y, por cierto, no la menos importante) de la crisis de la justicia penal y del divorcio existente entre el sistema imperante y la población, se encuentre en esa exclusión durante siglos de la víctima, esa ausencia e irrelevancia de uno de los verdaderos protagonistas del drama que anida en la mayoría de los delitos que, por lo común, se concretan como una intolerable agresión e intromisión en la esfera de quien los sufre. Los parientes del asesinado, la violada, el robado o estafado, el afectado por una mala praxis, etcétera, sienten con todo derecho que les corresponde una reparación, que en modo alguno se agota en el eventual resarcimiento patrimonial y, más aún, que tienen mucho que decir durante el curso del proceso, del que no pueden ser meros espectadores. Por otra parte, muchas veces quien aparecía como víctima del suceso investigado, se iba convirtiendo también en víctima de los procedimientos judiciales, padeciendo múltiples citaciones, largas esperas, revisiones en hospitales públicos, tratos vejatorios o desconsiderados, interrogatorios extenuantes y, en general, un completo desinterés hacia su situación, carente de relevancia procesal para los operadores.

Este tipo de situaciones ha sido diversamente denunciado y contra la misma se han propuesto varias medidas, especialmente por parte de organizaciones de protección a la víctima, tanto privadas como oficiales, que brindan asistencia

¹²ESER, Albin, *Acerca del renacimiento de la víctima en el procedimiento penal*, trad. de F. Guariglia y F. Córdoba, en *De los delitos y de las víctimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992. En p. 30 se lee: "...se ha iniciado, en todo caso, un cambio fundamental; si hasta ahora el Estado se había abocado de modo excesivamente parcial a castigar el delito, dejando librada a la víctima a su propia suerte, ahora se le dedica a ella, con toda justicia, mayor atención, puesto que la paz jurídica perturbada por el delito sólo es verdaderamente restablecida cuando se le hace justicia no sólo al autor, sino también a la víctima".

legal, médica y psicológica, a más de protección en casos en que se requiere. En el terreno de los estudios penales, el tema se ha instalado vigorosamente y se conecta de un modo directo con las cuestiones relativas a una reforma integral de la materia punitiva que, en general, busca dar protagonismo a los directamente involucrados en el conflicto modificando en gran parte el método excluyente de la acción pública irrevocable y de la pena de prisión como sanción preponderante, orientándose a la búsqueda de formas compositivas¹³.

Dentro de la legislación vigente, quien se postula como víctima de un delito puede trascender la tradicional y limitada intervención como denunciante a través de las figuras, ya estudiadas, de querellante y/o actor civil. Pero los códigos más recientes (Cód. Nac., Cód. de Córdoba, diversos proyectos) avanzan en el reconocimiento de lo que se denomina como "derechos de la víctima", con independencia de los papeles procesales que pueda luego asumir; tales derechos consisten en recibir un trato digno, el pago de los gastos ocasionados por la concurrencia a las diligencias investigativas, la protección de su integridad física y psíquica, ser informado de las alternativas de la causa y contar con protección.

8. Sujetos relacionados con los medios y producción probatoria

Intervienen diversamente en los procesos penales otros sujetos diferentes de los integrantes del órgano jurisdiccional y de las partes; ellos son aquellos que son convocados a los efectos de colaborar en las investigaciones y acreditaciones,

¹³ ESER, ob. cit., p. 43. Igualmente: CHRISTIE, Nils, *Los conflictos como pertenencia*; MAIER, Julio B. J., *La víctima en el sistema penal*, ambos en *De los delitos...* cit. Traté de estas cuestiones en mi ponencia *Protección e intervención de la víctima. El Derecho Penal como solución de conflictos. Implementación realizativa de la voluntad de los involucrados*, en Libro de Ponencias, XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1995.

y que, sin integrar la relación, aportan datos conducentes a la determinación del objeto procesal. Sus actos aparecen como aseveraciones o informaciones sobre aspectos específicos y son llamados por el tribunal de oficio o a propuesta de la acusación y/o la defensa. Se relacionan con la actividad probatoria y su intervención se reduce a esa actividad, bajo el control de los sujetos esenciales. Su participación es eventual y varía con las particularidades de cada proceso. Se trata de los sujetos que se conocen como peritos y testigos, cuyas características estudiaremos con mayor detalle al tratar de la prueba.

CAPITULO XIV

EL ORGANO JURISDICCIONAL

En los capítulos anteriores se ha considerado lo atinente al fenómeno proceso, a los actos que lo constituyen y a los sujetos que le dan vida. Entre tales sujetos ocupa el papel predominante y determinante el juez o, en su caso, el tribunal, quien no sólo decide finalmente la cuestión sometida sino que dirige el curso del proceso, dicta resoluciones parciales y dentro de los sistemas de instrucción formal conduce la investigación. Lo señalado basta para advertir la importancia de esta figura, que indiscutiblemente es la central dentro del proceso penal y que personifica lo que se conoce como poder jurisdiccional. De ahí que se haya entendido imprescindible dar a la cuestión un tratamiento particularizado, ya que son muchos y específicos los problemas que se presentan, tanto desde el punto de vista teórico como en relación a la legislación vigente y al funcionamiento real del sistema realizativo.

Así mismo conviene aclarar antes de seguir adelante, que la idea de "órgano" aparece doctrinariamente como un centro de imputación a la actividad de los sujetos que lo integran, el que a su vez, dentro de la estructuración institucional, está investido de funciones, prerrogativas y poderes determinados por las constituciones nacional y provinciales, y las respectivas leyes orgánicas.

La doctrina ha dado a estos temas un amplio tratamiento, ya que todo lo atinente a la jurisdicción, a los órganos que la ejercen y a los poderes de que están investidos constituyen, sin lugar a dudas, un punto central dentro de la disciplina procesal, cuyos fundamentos derivan de las bases constitucionales y tienen estrecha relación con la conformación política del Estado, apareciendo así mismo directamente vinculado con la garantía del juez natural.

Acción y jurisdicción son dos de las nociones básicas del fenómeno procesal y la misma idea de proceso no puede comprenderse sin una permanente referencia a las mismas; habiendo considerado ya la categoría de acción y entendiéndola como el modo de promoción e impulso de los mecanismos dispuestos para la actuación del Derecho al caso concreto, corresponde analizar lo atinente al órgano decisor, hacia el cual se dirige, precisamente, el poder de acción (junto e igualmente, con el correlativo de defensa).

En el enfoque seguido importa más que detenernos en el concepto de jurisdicción, que ha ocupado largamente —como se dijo— a la doctrina procesal, atender a su concreta manifestación a través del ejercicio jurisdiccional en materia penal, que será la principal cuestión en el presente capítulo, entendiéndose igualmente que conforme a la realidad donde y desde la que opera el fenómeno procesal penal importa más que profundizar en el concepto teórico de jurisdicción (cuya importancia, obviamente, no se discute) considerar cuestiones tan concretas y muchas veces descuidadas, como las relativas a la designación de la magistratura, sus vinculaciones con el poder político, la formación de sus integrantes y los controles sobre su actuación.

1. La jurisdicción. Concepto. Presupuestos socio-políticos

El origen de la palabra proviene del Derecho Romano y se coincide en que deriva de los términos latinos *ius* y *dicere*,

sintetizados en *iurisdictio*, que no significa otra cosa que decir o mostrar el Derecho, esto es, declarar y aplicar la norma al caso singular sometido. Modernamente ha sido entendida como la facultad conferida a determinados órganos para la interpretación y aplicación del Derecho en los supuestos en que se produce una insatisfacción, conflicto o desobediencia en relación a las normas objetivas. En definitiva: se trata del poder de realizar el orden jurídico vigente, disponiendo su aplicación según corresponda a la situación real.

Dentro de la doctrina procesal se ha distinguido entre *función jurisdiccional*¹, consistente en la actividad de mantenimiento del orden jurídico cuando el mismo ha sido desobedecido, cuestionado o invocado concretamente en defensa de un derecho o interés tutelado e insatisfecho; lo que aparece como consecuencia de la *potestad jurisdiccional*, entendida como un “ejercicio impuesto” del Poder Estatal soberano²; *órgano jurisdiccional*, es decir, instituciones y operadores que ejercen la función, y *jurisdicción* propiamente dicha que es la facultad de que se encuentran investidos los órganos para el desempeño de la función y la actividad de resolver las cuestiones sometidas, término que, así mismo, comprende por lo común y de modo general a todos los anteriores, ya que resulta notorio que todos estos conceptos se implican mutuamente y se integran dentro de la noción de “jurisdicción” que puede reputarse como comprensiva.

La idea base del tema deriva de que, por una parte, existen normas de índole general, abstractamente determinadas por el Poder Legislativo y, por el otro, se dan en la realidad histórica situaciones en las que tales normas exigen una interpretación para su aplicación y son invocadas por los intere-

¹ Alsina, en su clásico estudio de la materia, abre su tratado hablando de la “Función jurisdiccional del Estado”, lo que considera como la manifestación política de la que deriva todo el ordenamiento procesal (ob. cit., t. I, Cap. I).

² CLARIA OLMEDO, *Derecho Procesal Penal* cit., t. I, p. 154.

sados para la satisfacción de derechos subjetivos o intereses legítimos. De tal forma, la jurisdicción aparece como un segundo nivel lógico respecto de la legislación, ya que es aplicación de la norma previamente promulgada y vigente.

Ahora bien: aunque ahora nos parezca obvia, históricamente la distinción entre creación y aplicación del derecho no ha sido tan nítida. Como señala Max Weber, en la actualidad resulta evidente la diferenciación entre organismos oficiales de "establecimiento del derecho" (elaboración de normas generales) de aquellos destinados a su aplicación³, pero tal cosa no ha sido siempre así, ya que en diversos períodos y por considerable tiempo la figura del juez no se distinguía de la del legislador⁴, lo que se advierte con claridad en los antiguos derechos griego y romano y en aquellos sistemas en los que la decisión judicial se asienta sobre medios irracionales de prueba y también en los que la formulación normativa general va surgiendo de decisiones jurisprudenciales⁵. De ahí que, como advierte Weber, el proceso de diferenciación de las dos esferas jurídicas (creación y aplicación) dependa, en gran medida, de las especiales configuraciones técnico-jurídicas, a su vez derivadas "de la estructura de la asociación política"⁶.

³ WEBER, Max, *Economía y sociedad*, trad. de J. Medina Echavarría, Fondo de Cultura Económica, México, 1992, p. 508.

⁴ WEBER, ob. cit., p. 508: "La distinción entre las normas generales por aplicar y las que provienen de la misma actividad judicial nunca se han realizado en forma tan completa como en el caso de la distinción actual entre Derecho sustancial y procesal".

⁵ HALL, Jerome, *Delito, Derecho y sociedad*, trad. de Juan C. Puig, Depalma, Buenos Aires, 1974. Señala el autor, estudiando el Derecho anglosajón, que "el funcionamiento de los tribunales se relaciona significativamente con las necesidades culturales concomitantes, lo que tiene aplicación tanto para el Derecho Procesal como para el sustantivo" (p. 23). En este aspecto, resulta especialmente interesante el denominado "caso del acarreador" en el que se produce una redefinición de conceptos y se introduce a través de la sentencia una nueva proposición jurídica no prevista con anterioridad.

⁶ WEBER, ob. cit., p. 509.

A modo de ejemplo podemos advertir que dentro de un orden jurídico de monarquía absoluta, en la que el rey es el depositario de todo el poder, no cabe distinguir entre los poderes de administrar, legislar y los de juzgar, lo que tampoco puede hacerse (al menos como la doctrina procesal moderna establece al respecto) dentro de modos aplicativos consuetudinarios, en los que el juzgador se basa para sus decisiones en los preceptos que entiende aplicables al caso o aun en precedentes sentados por otros juzgadores.

El estudio de Foucault sobre la tragedia de Edipo (“el primer testimonio que tenemos de las prácticas judiciales griegas”)⁷, entendida como una investigación de la verdad por parte del soberano (el mismo Edipo) que a la vez averigua, determina los hechos y juzga estableciendo las normas para su decisión, basándose en las respuestas del oráculo y en las leyes divinas que interpreta, ha hecho claro el modo de funcionamiento a que nos referimos. Esto es semejante a lo que hace dentro de esa misma concepción mitológica Zeus, y en otras culturas los jueces hebreos.

El “decir el derecho” aparece históricamente como revelación, con funciones declarativas y aplicativas que resulta difícil diferenciar y como una de las primeras manifestaciones de lo que podemos considerar como un incipiente germen estatal. El jefe es también el juzgador (lo que aparece más adelante en estructuras feudales y dentro de nuestro vernáculo caudillismo), por lo que desde una perspectiva real el poder de administrar justicia aparece como una de las primeras manifestaciones de organización del poder⁸ que, en lo

⁷ FOUCAULT, *La verdad y las formas jurídicas*, trad. de E. Lynch, Gedisa, Barcelona, 1980, p. 39.

⁸ CARLOS, Eduardo B., *Jurisdicción*, en Enciclopedia Jurídica Omeba, t. XVII, p. 538: “En el instante mismo en que los conflictos individuales suscitados en la vida colectiva son resueltos por un tercero que actúa como órgano superior y distinto de los sujetos activos intervinientes en la controversia, en ese preciso momento es posible señalar la aparición del Estado”.

básico, implica la existencia de una autoridad superior a la de los litigantes, autoridad a la que se apela para resolver la controversia o que decide cuando entiende que se han desobedecido sus mandatos, pero que de ningún modo se distingue de las otras funciones de esa misma autoridad. Incluso dentro de evoluciones más cercanas a nuestro tiempo, han perdurado formas “carismáticas” de creación y aplicación del Derecho, lo que ha sido advertido respecto al sistema inglés, dentro del cual durante largas épocas el juez se presenta como una suerte de “oráculo” que, ante el caso en consideración, desentraña las pautas aplicables del *common law* que, en gran medida, encarna⁹. Este aspecto “oracular” de revelar el sentido de la norma (haciéndolo a veces con la misma ambigüedad), se mantiene presente en las diversas manifestaciones y configuraciones de la jurisdicción, cuyos integrantes pretenden hacer audibles y efectivas las palabras de la ley, aun en aquellos casos en los que la decisión es confiada a grupos de ciudadanos seleccionados de modo permanente o accidental.

De tal manera, la jurisdicción, entendido el término como la aplicación al caso singular de un derecho general, distinto del de la creación normativa, aparece como resultado de determinada estructuración socio-política relativamente reciente y estrechamente ligada a un desarrollo institucional y técnico derivado de los principios del constitucionalismo moderno, en la que los principios de separación de poderes y de legalidad son postulados, entendidos y valorados como garantías fundamentales y como límites infranqueables de la reacción estatal punitiva.

La división entre un poder que estatuye el Derecho y otro que lo aplica es obra de la modernidad. En tal aspecto, la insistencia en el predominio de la ley, como expresión de la voluntad general, abarcativa por igual de gobernantes y go-

⁹ WEBER, ob. cit., p. 524.

bernados en el concepto comprensivo de Estado de Derecho, lleva a que preceptos legales constituyan la única base sobre las cuales se legitiman las decisiones tomadas por otro poder y consecuente órgano diferente del que legisló, por lo cual no puede haber otro sustento para una determinación singular que la ubicación del caso dentro de la previsión normativa. Así, queda en claro que el juez no crea el Derecho, sino que se limita a verificar las circunstancias de hecho que establece la ley, por lo que la definición entre las funciones de establecimiento quedan netamente diferenciadas de las de aplicación, con predominio de las primeras.

Desde otro punto de vista, la necesidad de limitar el ejercicio de la autoridad y de impedir sus manifestaciones absolutas generó el principio de división de poderes, con la distinción institucional y funcional entre el Legislativo, el Ejecutivo y el Judicial, cada uno de los cuales presenta características específicas y se diferencia y limita respecto de los restantes en un juego de mutuos controles que procuran la obtención de un equilibrio global en torno al reconocimiento de derechos individuales preexistentes.

En consecuencia, la idea de jurisdicción, como es desarrollada por la doctrina de nuestro tiempo, no puede separarse—ni mucho menos comprenderse—sin los presupuestos políticos que le dan sentido y que podemos sintetizar en torno a las ideas fuerza de predominio de la ley como regulación general y límite, fundamento y legitimación de la autoridad, y de división de poderes.

La antedicha es la concepción que anida en todo el esquema del constitucionalismo liberal y que nuestro texto basal consagra de manera expresa, con el aditamento de manifestaciones directas de control popular a través del jurado para las causas penales.

Sobre tales fundamentos, por lo común considerados de manera implícita, la doctrina procesal ha hecho del concepto

de jurisdicción uno de los puntos centrales de la elaboración teórica. Dentro de los presupuestos políticos contemporáneos, el acto de mostrar o declarar el derecho o, si se prefiere, con palabras de Calamandrei, "la formulación del derecho para el caso singular"¹⁰, aparece como lógicamente posterior a la creación y existencia de los preceptos jurídicos objetivos. De tal modo, así como hay órganos estatales dispuestos a la elaboración de la ley, funcionan otros cuya misión es aplicarla cuando se postula el incumplimiento o el conflicto.

Precisamente, esta especificidad consistente en la decisión que se pronuncia respecto a que dadas ciertas circunstancias de hecho y determinados acontecimientos e intereses resultantes, deben encuadrarse dentro de lo dispuesto en las normas generales pertinentes y de las mismas extraerse consecuencias que incidirán sobre los involucrados, fue convertido por algunas direcciones del pensamiento jurídico contemporáneo en el eje en torno al cual gira todo el fenómeno procesal¹¹. Las obras que se enrolan dentro de lo que ha sido denominado como *Teoría del proceso* prestan al tema de la jurisdicción una atención notoria¹², prodigando caracterizaciones y definiciones que se repiten en los diferentes tratados y que, con frecuencia, transitan sobre lo obvio, des-

¹⁰ CALAMANDREI, Piero, *Instituciones de Derecho Procesal Civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1943.

¹¹ Briseño Sierra (*Derecho Procesal*, Cárdenas, México, 1969, t. II, p. 243) cita la opinión de David Lescano (1946) para quien el concepto de jurisdicción es el punto culminante de la materia procesal, idea que puede considerarse como predominante por esa época y a la que el autor mexicano no adhiere, ya que considera que "la jurisdicción podría ser calificada de ingrediente y aun de elemento indispensable, pero no el principal".

¹² Así Devis Echandía (ob. cit., p. 73), quien dice: "En sentido estricto, por jurisdicción se entiende la función pública de administrar justicia, emanada de la soberanía del Estado y ejercida por un órgano especial. Tiene por fin la realización o declaración del derecho y la tutela de la libertad individual y del orden jurídico, mediante la aplicación de la ley en los casos concretos, para obtener la armonía y la paz social; el fin de la jurisdicción se confunde con el del proceso en general, pero éste contempla casos determinados y aquélla todos en general".

conocen particularidades históricas o bien otorgan a la cuestión un enfoque del que es casi imposible extraer resultados prácticos. De todos modos, no puede desconocerse la incidencia de esta categoría sobre toda la materia procesal, al extremo de que algunas direcciones la han convertido en la base de toda la elaboración sistemática, al extremo de hablar de un “derecho jurisdiccional” en una extensión que probablemente confunde lo estrictamente jurisdiccional con lo simplemente judicial.

También la cuestión puede ser considerada desde la perspectiva del ciudadano (lo que resulta básico desde una aproximación basada en una concepción democrática) envuelto en un conflicto, ya fuere con otro particular o con el mismo Estado, quien tiene el derecho de contar con una decisión producida luego de un trámite regular y en plazos razonables que resuelva su situación acorde con las normas generales previamente establecidas y según los procedimientos vigentes, que es lo que se conoce como *derecho a la jurisdicción* de que están investidos todos los habitantes.

Podemos convenir en que dentro del orden jurídico contemporáneo existen determinados órganos estatales predispuestos para la resolución de ciertas controversias que llegan a su conocimiento mediante procedimientos establecidos y según pasos prefijados por el propio ordenamiento y al final de los cuales se deciden consecuencias cuya plausibilidad está dada, a su vez, por las disposiciones generales que rigen sobre la materia¹³. En los casos civiles se arriba a estas instancias por voluntad de los protagonistas, quienes pueden o no recurrir al proceso y, transitado éste sin que se alcance una

¹³ Leone (ob. cit., t. I, p. 268) señala que el concepto de jurisdicción constituye uno de los temas de “mayor empeño” de la ciencia jurídica y que las definiciones y caracterizaciones existentes resultan prácticamente imposibles de sintetizar, por lo que adopta una noción relativamente simple, diciendo que es “el poder de resolver un conflicto entre derechos subjetivos de conformidad con el Derecho objetivo”. En el caso penal, el derecho subjetivo estatal de castigar y el derecho de libertad del imputado.

conciliación, o se lo desista, abandone o perima, la cuestión sometida es objeto del pronunciamiento jurisdiccional, por lo que habla de un proceso o sistema dispositivo, lo que notoriamente no ocurre en causas penales donde hay una imposición del aparato jurisdiccional.

Desde fines de los tiempos medios, en los países occidentales, el poder de decidir situaciones de personas y bienes conforme a pautas legales, se encomienda a órganos oficiales, apareciendo sus pronunciamientos como de índole obligatoria, respaldados por la fuerza estatal. Primero por delegación del monarca y luego como un poder diferenciado y en cierta manera independiente, se delimita una organización judicial cuya función definitoria es la de decidir sobre situaciones concretas e individuales de índole jurídica.

Esta forma de poder que se denomina jurisdiccional se manifiesta de manera preponderante y con todo rigor en cuestiones punitivas. La aparición de la pena pública y, más aún, la persecución oficial, otorgan a la justicia penal sus características indelebles que, en lo básico, derivan de la inquisición. La jurisdicción aparece así como una manifestación oficial por excelencia, como una forma institucionalizada de poder orientada a la tutela del ordenamiento sustantivo cuando se postula y acredita la existencia de un hecho delictivo, y al consecuente castigo de la infracción, todo como resultado de determinados procedimientos averiguativos y de discusión. En este sentido, jurisdicción y proceso parecieran ser nociones inseparables, ya que se suponen mutuamente y adquieren una de otra su cabal sentido.

Al respecto conviene recordar que las definiciones en torno al concepto de jurisdicción han sido unánimemente enfáticas en destacar el aspecto de decisión conclusiva en orden a la aplicación del Derecho sustantivo al caso concreto. Pero es evidente que, al menos en sistemas aunque fueren mí-

nimamente más elaborados y complejos que los salomónicos, el pronunciamiento final aparece como el punto último de la secuencia, como la meta alcanzada en un desarrollo de actos que han tenido un encuadre y dirección, y en el que también ha habido decisiones en torno al mismo procedimiento o sobre aspectos parciales del asunto sometido o, en procedimientos de diferentes grados, sobre el mismo tema de fondo. Aunque pueda discutirse, como ha ocurrido, que esos actos decisorios previos al conclusivo tengan un carácter y naturaleza diferente a lo que individualiza al fallo final, no puede desconocerse que en los sistemas modernos no puede llegarse al pronunciamiento conclusivo sin otros actos decisorios previos que van encuadrando y delimitando la cuestión sometida, aunque más no fuere como definiciones de trámite.

Esto lleva a que de ningún modo podamos identificar, al menos dentro del proceso penal, jurisdicción y sentencia, ya que el primero de los conceptos es más amplio que el segundo y éste aparece como una consecuencia de aquél.

Por otra parte, como se encuentra realmente instrumentado el proceso penal derivado del sistema mixto, es también un dato empírico que existen manifestaciones de la jurisdicción que nada o muy poco tienen que ver con aspectos decisorios y mucho con investigativos, como es el caso de los jueces de instrucción dentro de los procedimientos de instrucción formal, lo que tradicionalmente se ha hecho derivar de la facultad o poder de cognición de la jurisdicción¹⁴. En este sentido, jurisdicción sería también incorporación de conocimientos, averiguación para determinar la verdad y así fallar atribuyendo, conforme a los hechos comprobados y a

¹⁴ LEONE, ob. cit., p. 273. Recordemos al respecto que los tratados clásicos de la materia otorgaban a la jurisdicción los caracteres integrativos de *notio* o facultad de entender en el asunto sometido; *vocatio* o poder para compeler y vincular las partes al proceso; *coertio* o poder coercitivo y, finalmente, *iudicium* o facultad decisoria, a la que en casos se agrega la de ejecución.

las disposiciones sustantivas pertinentes, sobre la responsabilidad del imputado. Obviamente, lo dicho nos lleva a la conclusión de que el concepto de jurisdicción no es únicamente una construcción lógica, sino que deriva del sistema dentro del cual se encuentran los órganos dispuestos para pronunciarse y de las consecuentes facultades y funciones de que se encuentran investidos.

No obstante lo señalado, sí podemos advertir que la propia dinámica y correlación de las nociones de acción, defensa y jurisdicción parecieran exigir una separación nítida y que la relación procesal se estructura, precisamente, sobre tal diferenciación, por lo que el papel del órgano jurisdiccional y la actividad o poder jurisdiccional no pueden confundirse con el de una actividad partiva o investigativa, y que su cabal manifestación es la decisoria, sobre la base de las probanzas y argumentaciones que las partes le han proporcionado y que la llevan a decidir en uno de los sentidos propuestos por los litigantes.

2. El juez penal

De todas maneras y sin ahondar más en un tema al que se han dedicado bibliotecas enteras, podemos tener en claro que existen ciertos sujetos pagados y dotados por el erario público en cuyo nombre ejercen la facultad de decidir sobre la imposición de penas, representando y dando vida al poder jurisdiccional.

Estos sujetos ejercen la jurisdicción y forman parte del órgano jurisdiccional, entendiéndolo por tal a la corporación formada por funcionarios de diferente jerarquía y actuantes dentro de sus respectivas materias y regiones para dirigir procesos y pronunciarse conforme a lo establecido en las normas generales del Derecho sustantivo. En tal inteligencia, utilizamos la denominación de "juez" de una manera abarcativa de los diversos cargos, comprendiendo tanto a

los de instrucción, de sentencia, correccionales, de juicio oral, de cámaras de apelación o de tribunales de casación y superiores, todo lo cual surge de las constituciones y leyes orgánicas, conformando lo que se entiende por organización judicial.

Igualmente, debemos señalar que por “juez” se entiende a un sujeto diferente del jurado, ya que se alude a un funcionario técnico y permanente, representante de determinadas potestades oficiales y con facultades y poderes específicos. En tal aspecto, el juez es uno de los sujetos esenciales en torno al cual se establece y desarrolla la relación procesal y, por definición, no es parte ni puede identificarse con ninguna de ellas, ya que la imparcialidad e imparcialidad son notas derivadas de la misma idea de jurisdicción.

Dentro de la actual configuración y conforme con las leyes vigentes en la mayor parte de los países, pueden advertirse como características definitorias del juez, las de ser un funcionario estatal, dotado de determinados requisitos de idoneidad técnica en orden al conocimiento de las leyes y de su aplicación. En la Argentina, al igual que en la mayoría de las naciones actuales, corresponde agregar las notas de permanencia e inamovilidad (sólo pueden ser separados por causa de un notorio mal desempeño y mediante procedimientos especiales normalmente conocidos como “juicio político”) y que el desempeño de sus funciones se realiza dentro de determinados ámbitos territoriales y de materia (competencia) y con asiento en lugares dispuestos al efecto (tribunales).

Más adelante volveremos sobre las nociones de imparcialidad e independencia que resultan fundamentales no sólo por la coherencia lógica del propio concepto y las características de la función jurisdiccional dentro del Estado de Derecho, sino también por exigencias sociales. Ello resulta doblemente necesario habida cuenta de que la función ju-

dicial en materia penal tiene una historia tenebrosa¹⁵, como estudiaremos en el punto posterior; igualmente, en el largo camino hacia una sociedad abierta y hacia la defensa de las libertades públicas, pocos son los datos que podemos encontrar en orden a actuaciones relevantes por parte de jueces, por lo común estrechamente ligados, sostenedores y mantenedores del orden constituido, con el que se identificaban y del que dependían.

Claro está que el tema lleva a que, inevitablemente, debamos situarlo dentro del contexto político en el que se desarrolla y actúa la función jurisdiccional, las normas que la rigen y las que aplica, ya que, en definitiva, se trata de realzar el Derecho vigente, cuyos contenidos derivan de otras instancias de autoridad.

Ahora bien: un enfoque realista de la cuestión jurídica lleva a la necesidad de insistir en que la aplicación del Derecho Penal a los individuos involucrados surge de los operadores jurisdiccionales, por lo que en definitiva todo lo relativo a la interpretación de la normatividad punitiva desemboca en los actos de quienes ejercen el poder de decidir sobre la cuestión. De ahí que el examen de las condiciones en las que tales pronunciamientos se producen y los criterios de plausibilidad utilizados constituyan una zona imprescindible de estudio¹⁶, a los que corresponde

¹⁵ VAZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo, *El Derecho Penal de la democracia*, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1993, p. 14: "Durante muchos siglos personas medianamente cultas, de características individuales no particularmente abominables y hasta en ciertos casos con aspiraciones de orden y justicia, dispusieron que a su semejante se le impusieran suplicios atroces, se le privase de la vida, se lo confinase en prisiones y se lo privare de derechos. En nombre de Dios, del rey, de la autoridad, del Estado, invocándose razones religiosas o políticas, el orden o la justicia, la necesidad o el bien general; hablándose de retribuciones, expiaciones o prevención; a lo largo de siglos, en diferentes culturas y mediante procedimientos diversos, los hombres aplicaron a sus semejantes todo tipo de castigos", los que en casi todos los casos fueron dispuestos por jueces y con la solemnidad de una decisión deliberada.

¹⁶ Al respecto: NINO, Carlos Santiago, *Los límites de la responsabilidad penal. Introducción*, Astrea, Buenos Aires, 1980.

agregar lo relativo a los métodos designativos. Por lo común, se atiende más a las normas procesales en general y a la teoría penal que a los señalados aspectos, olvidándose que la realidad jurídica se manifiesta a través de decisiones de concretas personas cuyo comportamiento, si bien encuadrado dentro de la estructura de preceptos que legalizan la función, presenta márgenes de discrecionalidad que registran variables significativas y hacen que la vida del Derecho se nutra del comportamiento de los agentes aplicativos.

3. Antecedentes históricos

No ofrece elementos para la duda la afirmación, históricamente comprobable, de que toda decisión que califica como delictivo un determinado comportamiento, con las consecuencias en extremo gravosas que de ello se derivan, es de índole política, entendiéndose por tal, de modo genérico, el arte o maneras de gobernar o regir los asuntos públicos, lo que a su vez implica y supone determinadas relaciones de poder. Y ello, porque el hecho de decidir que una acción u omisión es merecedora de castigo e imponerlo, es fundamentalmente un acto de autoridad¹⁷.

La práctica de un castigo institucional, que se aplica como una decisión de organismo de poder que funda su fuerza en

¹⁷ VAZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo, *Política, delito y delitos políticos*, en *El Derecho Penal hoy*, libro en homenaje a David Baigún, Del Puerto, Buenos Aires, 1995. Allí expresé: "...en toda manifestación real de castigo se da inexorablemente una situación de prevalencia o de poder del castigador respecto del castigado. Esto se ejemplifica tanto acudiendo a lo imaginario simbólico de los mitos religiosos (Jehová expulsando del Paraíso a Adán y Eva, o abriendo las compuertas del cielo en el diluvio, o quemando a Sodoma; Zeus encadenando a Prometeo o mandando el rayo destructor a sus enemigos, etc.), o a las prácticas sociales (recordemos la disciplina militar, laboral o pedagógica). Castiga quien puede castigar. Con esta expresión pe-rgrullesca se quiere evidenciar el hecho de que ejerce el castigo quien se halla en una ubicación de dominio; por lo general, esta superioridad real se integra con una valoración de esa misma autoridad investida de la aureola de lo debido y correcto" (ps. 317/18).

una legitimidad que ejerce o representa, establece una interrelación estrecha entre la materia punitiva y la política, entre la judicatura y la autoridad.

Ahora bien: la figura del juez profesional y técnico que hoy nos es común no siempre existió dentro de las organizaciones políticas de los diversos pueblos; más aún: puede afirmarse que su aparición es relativamente reciente y se liga tanto a una particular organización del poder como al surgimiento de lo jurídico como un saber específico a cargo de especialistas.

Dentro de organizaciones rudimentarias, la facultad de juzgar no se distingue de la general de regir los destinos de la comunidad. El rey-juez o el juez-rey es una constante que se repite dentro de diferentes culturas, a veces confundidas o compartidas con estamentos sacerdotales y contenidos religiosos¹⁸.

A su vez, el proceso acusatorio de la antigüedad desconoce la presencia de un juez en el sentido moderno, ya que la facultad de juzgar correspondía fundamentalmente a los ciudadanos. Así, dentro de los procedimientos atenienses, el *archonte basileus* no ejercía funciones de juez propiamente dichas, limitándose a regir la regularidad de las actuaciones en las que acusador y acusado eran los protagonistas, y la decisión correspondía a la Héliea¹⁹.

Similares características se advierten en Roma²⁰, cuya evo-

¹⁸ IBAÑEZ FROCHAM, Manuel, *La jurisdicción*, Astrea, Buenos Aires, 1972. En página 19 dice: "Históricamente, la jurisdicción se confunde con la administración. El cacique, el señor feudal, lo era todo", agregando que tal situación se advierte en la historia institucional argentina en la época del caudillismo y citando la Constitución de Córdoba de 1847 que otorgaba al gobernador la potestad de tribunal supremo. Igual situación se advierte en Santa Fe en la época de López.

¹⁹ DEMANDT, Alexander, *Los grandes procesos*, trad. de E. Gavilán, Crítica, Barcelona, 1989, p. 15; MAIER, *Derecho Procesal...* cit., t. I-B, p. 31.

²⁰ MOMMSEN, Theodor, *Compendio del Derecho Público Romano*, trad. de P. Dorado, La España Moderna, Madrid.

lución permite notar el paso de las formas primitivas de la monarquía a las de la república, con su directa incidencia sobre la cuestión que nos ocupa. Al respecto, es interesante recordar que hacia el final del primer período aparece la *provocatio ad populum* como medio de alzarse contra las decisiones del rey o de sus delegados y conferir poder decisorio a la asamblea popular. Sobre este antecedente y como derivación de los cambios políticos suscitados con la república, se generó “una gran transformación de la organización judicial que preparó el advenimiento de un nuevo sistema de enjuiciamiento penal”²¹, que es el que conocemos como el acusatorio. Y donde lo concerniente a la acción priva sobre la jurisdicción. Esto se acentúa a través de las leyes Valeriæ que ampliaron los procedimientos para el juzgamiento por parte de los ciudadanos, reunidos en los denominados “comicios”. De igual modo y ya hacia fines de la época de la República, aparece el instituto de los jurados (*judices jurati*), cuerpo decisor más reducido que las anteriores asambleas, pero también integrado por representantes de la ciudadanía.

Resulta importante destacar que este sistema institucional, como ya lo hemos señalado al hablar de las características determinantes del sistema acusatorio (supra, t. I, p. 215), se determina por la neta diferenciación de acusación y jurisdicción, acentuada en las máximas de que no podía el tribunal actuar ni pronunciarse de oficio y que no podía haber decisión sin acusación ni actividad del actor (*ne procedat judex ex officio y nemo judex sine actore*).

La variación política que lleva al establecimiento del imperio y la modificación del asiento de la soberanía de la ciudadanía al emperador²² repercute sobre la materia y a través

²¹ MAIER, ob. cit., p. 37.

²² MAIER, ob. cit., p. 47: “Una nueva transformación del sistema de enjuiciamiento penal acaece durante el Imperio, acorde con las necesidades del nuevo régimen político que, al variar la fuente de la soberanía –antes la ciudadanía, ahora el emperador– modifica también la residencia de las funciones estatales”.

del proceso extraordinario (*cognitio extra ordinem*) sienta las bases de lo que siglos después sería el sistema inquisitivo. Este tipo de procedimiento, limitado a delitos específicos, no sustituye a la anterior *accusatio*, pero cobró paulatina importancia y estuvo a cargo de funcionarios representantes del Poder Estatal del emperador que en ellos lo delegaba, lo que sumado a formas de persecución pública configuró las netas características de un sistema oficial de justicia penal.

En el sistema acusatorio privado de los pueblos germanos se confía el derecho de persecución a la parte interesada (el ofendido o su grupo) y sólo se procedía judicialmente ante el fracaso de la negociación entre los involucrados. Se carecía de aparato institucional de justicia y la decisión era tomada por una asamblea popular dirigida por un juez que actuaba al modo de un árbitro²³, por lo que en modo alguno podemos encontrar antecedentes de las modernas magistraturas.

La cuestión cambia radicalmente con el surgimiento del sistema inquisitivo (supra, t. I, Cap. V, ps. 202 y ss.), ligado estrechamente al paulatino fortalecimiento de un poder centralizado que culminará en la plenitud de los Estados nacionales. Ya hemos indicado las notas definitorias de este proceso histórico y su influencia sobre la cuestión penal en la que el delito es, fundamentalmente, infracción a la voluntad del monarca y el orden de autoridad de origen divino y la paulatina tecnificación del derecho, entendido como saber específico a cargo de técnicos, notoriamente influido por las elaboraciones canónicas. Se configura así un sistema de enjuiciamiento oficial, asentado sobre persecución y pena pública, sin intervención ni control popular y a cargo de funcionarios dispuestos al efecto, dependientes de la autoridad establecida; es decir: las bases de lo que, con algunas modificaciones, ha llegado hasta nuestros días.

El proceso inquisitivo es el modelo sobre el que durante

²³ MAIER, ob. cit., p. 25.

siglos se desarrolló la justicia penal y la base de la magistratura de esa materia. El juez profesional, con conocimientos técnicos y actuando en función de una autoridad superior que en él delega atribuciones investigativas y decisorias, surge dentro del proceso inquisitivo y es inseparable de sus fundamentos.

Dentro del Derecho Canónico y de la jurisdicción eclesiástica (que abarcaba los más variados asuntos), las tareas de investigación (inquisición general y especial) estaba a cargo de monjes especializados en tal tarea, ocurriendo algo semejante con la jurisdicción real, ejercida por funcionarios permanentes, actuantes según reglas de competencia que poco a poco se imponían sobre los restos de las jurisdicciones feudales y forales, componiendo un sistema centralizado y controlado de justicia.

La monarquía absoluta, con su idea de todo el poder en la persona del rey y su centralización a través de un aparato administrativo que comprendía todas las actividades sociales, abarcó de manera preponderante lo relativo a la administración de justicia, delegando jerárquicamente esas funciones en una magistratura que la representaba. La consolidación del procedimiento de oficio como aplicación del Derecho Penal estatal y la figura del juez técnico son fenómenos inseparables²⁴. Pero dada la ausencia de un principio de legalidad, las facultades judiciales eran muy amplias, con márgenes de discrecionalidad en lo que se entendía como delito y en la imposición de penas que normalmente se convertían en arbitrariedad, que tocaban también a lo pecuniario²⁵. El poder

²⁴ TOMAS Y VALIENTE, Francisco, *El Derecho Penal de la monarquía absoluta*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 156.

²⁵ TOMAS Y VALIENTE, ob. cit., p. 167: "La imparcialidad judicial quedaba así doblemente en entredicho: por un lado, porque el proceso inquisitivo hacía del juez 'una parte procesal' [...] y por otro lado, porque este mecanismo de participación en las penas los convertía en personas interesadas en el contenido de una sentencia que ellos mismos habían de pronunciar".

de los jueces era, de tal modo, dotado de pleno arbitrio, casi ilimitado y, de hecho, personificaban todos los males de una justicia al servicio de intereses del poder, complejamente organizada (“una maraña judicial”)²⁶ y sin la más mínima garantía para el justiciable.

Ante esta situación no extraña que en el pensamiento reformista fruto de la Ilustración se atacase por igual al Derecho Penal inquisitivo y a la figura de los jueces, cuestionándose sus niveles de arbitrio y apostándose a eliminar a través de la ley sus facultades discrecionales. El principio de legalidad surge fundamentalmente como limitación judicial, lo que también guarda coherencia con la idea del juicio por jurados como garantía dada por la intervención directa del común. Así, es probable que el afianzamiento del principio *nullum crimen, nulla pœna sine lege*, que es divisa de las reformas de la justicia penal continental europea post revolucionaria, se haya dirigido en contra de los actos voluntaristas del rey, pero también, y no de manera secundaria, como límite a los márgenes aplicativos asentados sobre la analogía y en los amplios niveles de la discrecionalidad judicial.

De igual modo, en los fundamentos del esquema de la división de poderes, el Legislativo aparece como el primero en la escala de preferencias, habida cuenta de su representatividad de los intereses del común y de su tarea de formular las leyes generales y razonables para regir la vida social. De ahí el criterio político de la estricta subordinación del juez a la ley, esto es, de lo judicial a lo legislativo. Dentro de tales concepciones, guarda plena coherencia la teoría del silogismo jurídico y el rechazo a los amplios márgenes interpretativos, lo que se acentúa con las grandes codificaciones. El juez deja de ser amo y señor del caso para convertirse en sirviente de la ley, para cuya estricta aplicación sólo debe verificar la existencia de los requisitos fácticos mentados en la norma, cuyo sentido y voluntad debe acatar sin modificaciones o al-

²⁶ TOMAS y VALIENTE, ob. cit., p. 193.

teraciones. De lo que se trataba en definitiva era de asegurar “la fiel prolongación de la ley a la realidad”²⁷.

Es sabido que el precedente esquema pronto mostró su insuficiencia. Las palabras de la ley evidenciaron que necesitaban de interpretaciones, es decir, de discusiones argumentativas y de búsqueda de sentido, lo que se realizó a través de reconstrucciones sistemáticas y elaboraciones teóricas, todo lo cual implicó el desarrollo de una ciencia jurídica.

El posterior desarrollo avanza hacia la figura del juez técnico, egresado con título de abogado y con antecedentes más o menos amplios en el ejercicio profesional o en la carrera judicial, que se presenta como apolítico y sólo subordinado a los mandatos legales, cuyo sentido desentraña en cada caso concreto. Al respecto, abunda la literatura sobre los conocimientos que el juzgador debía poseer, no sólo respecto de la legislación y su doctrina, sino también de ciencias auxiliares, presentándose –al menos idealmente– como una suerte de superhombre dotado de todas las virtudes y más allá de las comunes limitaciones humanas.

4. El Poder Judicial argentino

En lo que respecta a Latinoamérica en general y a nuestro país en particular, es sabido que el régimen colonial derivado de la conquista incorporó estos territorios a la colonia española, a la que se trasplantaron las instituciones castellanas y el sistema inquisitivo. En el orden político, no existía división sino concentración de poderes y aunque hubiera diferenciaciones funcionales, el origen y punto de referencia de la autoridad y sus derivaciones era la monarquía. Así mismo, junto al poder secular funcionaba en amplias materias el Tribunal del Santo Oficio²⁸.

²⁷ HASSEMER, Winfried, *Crítica al Derecho Penal de hoy*, trad. de P. Ziffer, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1995, p. 25.

²⁸ ZORRAQUIN BECU, Ricardo, *La organización judicial argentina en el período hispánico*, Buenos Aires, 1952.

Los movimientos revolucionarios surgidos a partir de 1810 se inspiraron, como ya se dijo, en el ideario de la Ilustración y en el rechazo del antiguo régimen. Principios como los de la división de poderes y el afianzamiento de la justicia y la aspiración de implementar formas de participación y control popular, se encontraban presentes en las concepciones de una dirigencia que abogaba por la consolidación de nuevos modelos de organización social. Sin embargo, en el período que abarca hasta la organización nacional no sólo no se avanzó sino que se retrocedió, ya que el régimen del caudillismo, al menos en lo que respecta a la materia que consideramos, no fue otra cosa que la concreción de la suma de poderes públicos regionales y arbitrarios.

Debió esperarse hasta la organización nacional y a la sanción de la Constitución de 1853 para arribarse al establecimiento de un Estado moderno asentado sobre el principio de la división de poderes y en gran parte estructurado al respecto de acuerdo con el modelo norteamericano. Ya se ha indicado a lo largo del anterior tomo el cuidado con el cual el texto constitucional diseña el sistema de justicia, entendida como una de las aspiraciones y objetivos básicos de la unión nacional, verdadera razón de ser de la estructuración estatal.

Sin perjuicio de la institución del jurado, la Constitución Nacional consagra un Poder Judicial concebido como una magistratura técnica permanente y jerárquica, encabezada por la Corte Suprema de Justicia, esto es, un sistema de justicia pública, a cargo de órganos oficiales, a quienes compete la fundamental misión de interpretar la misma Constitución y de dirimir conflictos en los casos concretos. Al respecto señala Bergalli que “la función de administrar justicia es una de las que integran el Poder de Estado” y que para su satisfacción “establece en su estructura gubernativa órganos especialmente encargados de cumplirla y procedimientos a tenor de los cuales deben tramitarse las causas ante las distintas instancias”²⁹.

²⁹ BERGALLI, *Estado democrático y cuestión judicial* cit., p. 45.

En la década del '60 se inicia la organización de la justicia federal (Corte Suprema y Juzgados Federales); la ley 48 de 1863 regula la competencia federal y el recurso extraordinario; la ley 49 determina los delitos federales, y la ley 50 los procedimientos a seguirse. Hacia 1862 se encontraba designada la Corte y al año siguiente los primeros jueces federales³⁰, siguiendo el método dispuesto en la Constitución de propuesta del Ejecutivo al Senado.

Los grandes cambios producidos en los años posteriores que marcaron un vertiginoso crecimiento del país no modifican el esquema institucional original, el que fue fortaleciéndose tanto dentro de la órbita federal como en las distintas provincias.

Un panorama de índole general de lo que ha sido durante muchos años la justicia argentina puede arrojar un saldo negativo. Ello, tomando en cuenta diferentes puntos de vista. Por cierto no es el menos importante el que refiere a aspectos políticos e institucionales orientados a una profundización del espíritu constitucional, al afianzamiento de las libertades públicas, la plenitud del régimen republicano y el mantenimiento de la continuidad y profundización democrática. Al respecto, uno de los puntos más oscuros de la tradición judicial argentina ha sido su notoria dependencia hacia los poderes gubernamentales, su posición definitivamente conservadora y su complacencia, cuando no franca complicidad, con las fracturas institucionales que desde 1930, a través de los numerosos golpes de Estado, consagraron por la fuerza manifestaciones de crudo autoritarismo al margen de los preceptos constitucionales. Dentro de este panorama, los casos de jueces que

³⁰ ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El poder judicial y el poder*, en *El sistema penal argentino*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992, p. 21. En este trabajo, el autor efectúa una directa vinculación de la justicia a las relaciones de poder en el país y de éstas a la situación económica y a los correlativos grandes intereses en juego, sosteniendo la necesidad de vincular los señalados problemas, lo que hace de una manera tal vez demasiado directa y simplista.

actuaron dentro de un auténtico espíritu constitucional y con convicciones democráticas, aparecen como excepcionales.

En el aspecto apuntado, no puede extrañar que nuestra doctrina judicial en orden a garantías fundamentales sea relativamente pobre, resultando asaz limitados en el tiempo los períodos en que es dable advertir una profundización en ese sentido y pocos los fallos en los que se sentaron con claridad y hondura tales principios.

Al mismo tiempo, abundan las decisiones jurisdiccionales de diferentes instancias que consagraban la legitimidad de los actos de las administraciones de facto y aplicaban sin crítica alguna las disposiciones de una legislación punitiva aberrante, o convertían en totalmente inoperantes institutos libertarios como el hábeas corpus. En tal aspecto, la complacencia de un Poder Judicial, que aceptó jurar por ordenamientos diferentes al constitucional, con los gobiernos militares, resultó evidente por comisión u omisión y contribuyó en mucho a deslegitimar su actuación e imagen.

Por otra parte, y en lo que hace a la aplicación “normal” del Derecho Penal, puede verificarse una línea que en sus aspectos preponderantes se mostró complaciente con los sectores más poderosos del tejido social e implacable con los marginales y de menores recursos; primero en lo que refiere a “mestizos”, “vagos y mal entretenidos” y gauchos (baste recordar las páginas del *Martín Fierro*), luego inmigrantes, al extremo de poder afirmarse que “las clases dirigentes argentinas hicieron del Poder Judicial [...] un bastión de sus intereses”³¹. Posteriormente, el auge positivista y las ideologías peligrosistas acentuaron esas tendencias, que pueden rastrearse a través de los numerosos fallos, en los que también es dable comprobar la constante tendencia a legitimar los actos, con frecuencia cuando menos abusivos, de la autoridad policial, al igual que la explicitación de contenidos de una

³¹ ZAFFARONI, ob. cit., p. 28.

moral positiva conservadora y estrecha, características éstas que, salvo excepciones notorias, se mantienen hasta nuestros días³².

Es probable que algunos de los defectos apuntados encuentren su causa en los métodos designativos, a los que más adelante nos referiremos, y también en los criterios selectivos que el poder político ha empleado a lo largo del tiempo para incorporar a los integrantes del Poder Judicial. Obviamente, la cuestión excede el marco jurídico y conduce a reflexiones generales sobre nuestra realidad e historia, pero no puede menos de recordarse la situación para advertir las características de la aplicación del Derecho Penal en el acontecer cotidiano de los tribunales. Y en tal sentido, debe mencionarse también como notorias deficiencias la relativa a una organización jerárquica y corporativa del servicio de justicia y a métodos organizativos y realizativos con frecuencia más próximos a la burocracia, con las características de delegación de funciones, rutina y ritualismo que, durante los largos años de proceso escrito, fueron una de las más notorias constantes y que aún hoy perduran como hábitos difíciles de erradicar.³³

³² He tenido ocasión de analizar pronunciamientos jurisdiccionales de singular pacatería en orden a criterios de moral sexual y de decidida hostilidad hacia todo cuestionamiento profundo de la moral tradicional en *Lo obsceno*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1985. Del mismo modo, apelaciones a supuestos y muy estrechos valores éticos pueden encontrarse en decisorios sobre temas de estupefacientes.

³³ En un trabajo sobre la crisis de la justicia penal publicado primero en *Doctrina Penal* y luego como capítulo integrativo de *El Derecho Penal de la democracia*, señalé que, sin lugar a dudas, uno de los factores que conducen al válido cuestionamiento del sistema encuentra razones en los defectos de sus operadores. Allí dije: "El tema de la carencia de idoneidad, de un cerril espíritu corporativo, de la falta de valor cívico y de la complacencia hacia los factores de poder no es, por cierto, nuevo y resuena con insistencia en nuestro ámbito nacional desde los días de Martín Fierro..." Lo apuntado que, por supuesto y afortunadamente, tiene calificadas excepciones, condujo a lo que Bergalli definió como "desvalorización social y política del llamado Poder Judicial" y que en los últimos años, a pesar de algunas mejoras procesales, ha ido acentuando el descreimiento generalizado.

5. Organización judicial

En el conjunto del sistema institucional de justicia penal vigente en la Argentina encontramos:

a) *Juez de instrucción*, que es el que tiene a su cargo la dirección de la etapa investigativa conocida como instrucción formal, caracterizada por la preeminencia de este sujeto, dotado de amplias facultades en orden a la investigación y regida plenamente por el principio de oficialidad que refiere no sólo al carácter público de la actuación, sino también –y de modo preponderante– por la iniciativa e impulso de todos los actos, tomando resoluciones de mérito instructorio.

En aquellos sistemas que disciplinan la investigación fiscal preparatoria corresponde hablar del *juez de la instrucción* que es el magistrado encargado de actuar durante toda esa etapa y dirimir las cuestiones suscitadas entre fiscalía y defensa, y disponer sobre todas aquellas medidas que afecten derechos y garantías constitucionales y sobre las diligencias definitivas e irreproducibles.

b) *Juez correccional*, cuando tal competencia se encuentra dispuesta para delitos de menor importancia, por lo común los conminados con penas de hasta tres años de prisión y a través de procedimientos más simples que el ordinario, con facultades investigativas y decisorias.

c) *Juez de faltas o contravencional*, con competencia sobre las denominadas faltas o contravenciones y según la respectiva legislación sustantiva y procesal que, en el caso de nuestro país, es una facultad provincial no delegada, correspondiendo por lo tanto a las respectivas provincias.

d) *Jueces de cámaras de apelaciones* o tribunales de grado que entienden en las causas llegadas a través del recurso de apelación y el consecuente procedimiento de segunda instancia, con facultades de nulificar y/o modificar lo resuelto por los jueces de primera instancia. En el procedimiento escrito entendían de las apelaciones de los autos y sentencias y dentro

del proceso oral únicamente de las primeras, ya que las sentencias del tribunal oral son de instancia única. En digestos que mantienen la oralidad como opción también intervienen como tribunales de juicio oral.

e) *Jueces de cámara de tribunales de juicio oral*, ante los cuales se tramita el juicio oral y público, en el cual dictan sentencia de única instancia.

f) *Jueces de tribunales superiores*. En el orden nacional, actúa luego de la reforma de la ley 23.984 el tribunal de casación que entiende en este recurso contra las sentencias de los tribunales de juicio oral o cierto tipo de autos. En las diversas provincias, interviene en el mencionado recurso la sala correspondiente del Superior Tribunal. Así mismo, en la Nación el máximo organismo jurisdiccional, a quien la Constitución confía su interpretación, es la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con competencia originaria en determinados y específicos temas y de control constitucional a través del recurso extraordinario federal.

Lo referido se encuentra regulado en las leyes de cada Estado y determinado a través de las disposiciones que establecen la competencia, a lo que más adelante se aludirá.

En relación a la organización derivada del sistema federal, encontramos dentro del orden nacional³⁴ a la *Corte Suprema*

³⁴ La ley 24.050 (diciembre de 1992) regula la "Integración del Poder Judicial de la Nación", que se conforma por la C. S. J. N., la Cámara Nacional de Casación Penal, los Tribunales Orales en lo Criminal, en lo Penal Económico, de Menores, en lo Criminal Federal de la Capital Federal y Federales con asiento en las provincias; por las Cámaras Nacionales de Apelaciones en lo Criminal y Correccional, en lo Penal Económico, en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal y Cámaras Federales de Apelaciones con asiento en las provincias; los Juzgados Nacionales en lo Criminal de Instrucción, Correccionales, en lo Penal Económico, de Menores, en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal y Federales con asiento en las provincias; el Juzgado Nacional de Ejecución Penal; el Juzgado Nacional de Rogatorias, y los demás organismos que se establezcan por ley (art. 2°). Así mismo dispone lo relativo a los 16 distritos judiciales del país, las zonas judiciales de la Capital Federal y lo relativo a la competencia de los diferentes órganos.

de Justicia, que surge de la propia Constitución, con sede en la Capital Federal del país, regulada inicialmente en la ley 27 y con una integración que ha sufrido cambios a lo largo de su historia. Ejerce su jurisdicción de modo originario y como supremo tribunal de grado. Respecto de lo primero interviene *en todos los asuntos concernientes a embajadores, ministros y cónsules extranjeros*, lo que constituye “el único caso en materia represiva de esta modalidad”³⁵. A más de la Constitución y normas citadas, el decreto-ley 1285 (art. 24) determina los supuestos de esta competencia originaria, que son de índole taxativa³⁶. Así mismo, la Corte interviene como tribunal de apelación ordinario en recursos contra resoluciones relativas a extradición pasiva y como máximo tribunal en la resolución del recurso extraordinario de inconstitucionalidad previsto en el artículo 14 de la ley 48 en contra de sentencias definitivas provenientes de superiores tribunales federales, nacionales o provinciales. Por último, corresponde a la Corte lo relativo a los conflictos de competencia como superior común de órganos judiciales inferiores.

La instauración en el orden nacional del procedimiento mixto en el cual el juzgamiento se realiza ante tribunales orales de instancia mixta, eliminó el recurso de apelación contra las sentencias y exigió la creación de un *tribunal de casación*, lo que es efectuado a través de la Ley 24.050 de Organización y Competencia Penal, concordante con la Ley 24.121 de Implementación y Organización del Proceso Penal Oral. La competencia refiere a los recursos de inconstitucionalidad, casación y revisión (art. 23, ley 23.984). De tal modo, actúa dentro de la justicia federal y nacional la Cámara Nacional de Casación, integrada por trece miembros divididos en cuatro salas de tres miembros cada una bajo la dirección

³⁵ D'ALBORA, ob. cit., p. 43.

³⁶ BIDART CAMPOS, Germán, *La competencia originaria y exclusiva de la Corte Suprema de Justicia*, en E. D. 18-757 y ss.

general de un presidente, con competencia sobre todo el territorio nacional y sede en la Capital Federal.

La Cámara Nacional de Casación Penal actúa como tribunal pleno a los efectos de resolver sobre cuestiones reglamentarias de su propia labor, para unificar la jurisprudencia de sus salas o evitar sentencias contradictorias, y para establecer interpretaciones legales³⁷.

Como es sabido, dentro de la organización de la justicia de la Nación debe distinguirse entre la que aparece como *justicia nacional*, para la investigación y juzgamiento de delitos comunes u ordinarios dentro del ámbito territorial de la ciudad de Buenos Aires como Capital Federal del país, y la justicia federal que actúa dentro de ese mismo ámbito y en el resto del país en aquellos asuntos que conciernen a la competencia federal. Dentro de lo primero encontramos la "Cámara de Apelación" (art. 24, ley 23.984) con competencia para entender en los recursos de apelación interpuestos en contra de las resoluciones de los jueces de instrucción, correccionales, de menores y de ejecución. La reforma del procedimiento ha reducido sensiblemente la importancia de estos tribunales, toda vez que al desaparecer el recurso de apelación en contra de sentencias definitivas y establecerse la única instancia propia del juicio oral, su labor se circunscribe a los autos, tales como los de procesamiento, falta de mérito, sobreseimiento y decisiones sobre la libertad provisional.

Los *tribunales en lo criminal* juzgan en única instancia los delitos de competencia del procedimiento ordinario, es decir, infracciones conminadas con pena máxima superior a tres años. Se integran con tres miembros, actuando uno como presidente de las audiencias de juicio.

Jueces de instrucción unipersonales, con competencia en la investigación de delitos de acción pública conminados con

³⁷ DE LA RUA, Fernando, *La casación penal*, Depalma, Buenos Aires, 1994, ps. 303 y ss.

pena máxima superior a tres años y cometidos por personas mayores de 18 años dentro del ámbito territorial de la ciudad de Buenos Aires.

Jueces correccionales (art. 27, C. P. P. N.) que investigan y juzgan en única instancia delitos reprimidos con penas no privativas de libertad y con pena privativa de libertad que no exceda de tres años. Igualmente intervienen como órgano de apelación en los recursos por contravenciones policiales.

Tribunales de menores creados por la ley 24.050 y establecidos para el juzgamiento oral de delitos con competencia nacional reprimidos con pena superior a tres años cometidos por menores de 18 años de edad.

Jueces de menores que actúan en la investigación de delitos de acción pública cometidos por menores de 18 años y en el juzgamiento en única instancia de delitos de los comprendidos dentro de la justicia correccional y contravencional. También intervienen en casos tutelares por simple abandono o conducta.

Jueces de ejecución que intervienen en aquellas cuestiones reguladas en el Libro V del Código Procesal Penal de la Nación y que son las que pueden suscitarse con posterioridad y como consecuencia de la sentencia definitiva. Su competencia refiere exclusivamente al ámbito penal, ya que las cuestiones de ejecución civil están reservadas a la justicia de ese fuero, según el artículo 493.

Dentro de la *justicia federal*, encontramos al *juez federal* cuya competencia específica está detallada en el artículo 33 y que dentro de la actual organización actúa como órgano jurisdiccional de instrucción a los efectos de la investigación de los delitos de su competencia con pena máxima superior a tres años y como juez correccional, con facultades de investigación y juzgamiento en instancia única en los delitos federales con pena máxima inferior a tres años. Su asiento

se encuentra dentro del ámbito territorial de la Capital Federal y en las principales ciudades del país.

Las *Cámaras Federales de Apelaciones*, con sede en la ciudad de Buenos Aires y diversas ciudades argentinas, actúan como tribunales de alzada de las resoluciones de los juzgados federales que corresponden a su competencia territorial. Su importancia se ha reducido sensiblemente al implementarse el juicio oral, ya que al igual que la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional ahora su poder revisor se limita a los recursos de apelación en contra de autos instructorios.

Habida cuenta del régimen federal de gobierno y a la circunstancia de que tanto la organización de la justicia como la sanción de los códigos de procedimientos constituyen facultades originarias de los *Estados provinciales* y no han sido delegadas a la Nación, cada una de las provincias, de acuerdo con sus respectivas Constituciones y leyes orgánicas, han estructurado dentro de sus territorios su propia organización judicial. Sin embargo y a pesar de la diferencia de regulaciones, a las que correspondería atender en cada caso, la cuestión mantiene uniformidad, especialmente en aquellos Estados (mayoritarios) que han adoptado el sistema mixto para su proceso penal. Así, como ya fue señalado, nos encontramos ante superiores tribunales que entienden en el recurso de inconstitucionalidad provincial y de casación; con cámaras de apelación que intervienen como órgano de grado en la consideración de los recursos de apelación contra autos instructorios y como tribunal de instancia única en el juzgamiento oral de los delitos; igualmente aparece la figura del juez de instrucción y de jueces correccionales, de faltas, de menores y de ejecución. En el caso de la Provincia de Santa Fe el Poder Judicial está encabezado por una Corte Suprema de Justicia, interviniendo en materia penal cámaras de apelaciones que en sus diferentes salas conocen de recursos de

apelación contra autos instructorios y sentencias definitivas del proceso escrito, jueces de crimen o sentencia, jueces de instrucción y correccionales.

Como se ha indicado, en todos los casos el detalle de las respectivas organizaciones judiciales surge de las leyes organizativas y se estructura según criterios de competencia por razones de materia, cuantía y territorio.

La organización judicial del país sigue en lo básico un esquema jerárquico, de estructuración predominantemente vertical. El poder está encabezado por las cortes supremas o tribunales superiores, que representan institucionalmente al órgano y ejercen funciones de superintendencia. En un segundo nivel encontramos en el ámbito nacional al tribunal de casación, al que siguen las cámaras de apelaciones, los tribunales de juicio y los jueces de primera instancia. Así mismo, la forma de organizar cada uno de estos cuerpos mantiene características de notoria autonomía, al extremo de que cada juzgado, entendiendo por tal la oficina judicial de cualquier grado, compuesta por jueces, secretarios y empleados, se articulan de una manera completa en sí misma y desconectada de los restantes, al modo de unidades autónomas con sus propias particularidades definitorias que, con frecuencia, imprimen notas distintivas a las tramitaciones y decisiones que allí se efectúan. Ello es particularmente notorio en los juzgados de instrucción, en los que el fenómeno de delegación de funciones resulta notorio y habitual³⁸, al igual que modos de trabajo oficinescos constitutivos de hábitos notoriamente burocráticos.

³⁸ BINDER, Alberto, *Independencia judicial y delegación de funciones: el extraño caso del Dr. Jekyll y Mr. Hyde*, en *Doctrina Penal*, N° 46/47, Buenos Aires, 1989, ps. 369 y ss.: "...quienquiera que haya trabajado en los tribunales penales, haya litigado en ellos o, más aún, haya sufrido un procedimiento judicial en su propia persona, sabe muy bien que la mayoría de los actos judiciales y gran parte de las decisiones son tomadas por 'quien lleva la causa', persona que más allá de su buena voluntad no es ni se parece a un Juez de la Nación".

6. Condiciones generales de la magistratura penal

Todo lo que se trata en orden al poder jurisdiccional y las categorizaciones que la doctrina efectúa al respecto, confluyen y se concretan en las personas físicas que ejercen los cargos que las normas determinan y las instituciones estructuran, lo que por cierto ocurre con todas las actividades de la sociedad, pero que en el caso puntual de la aplicación del derecho lleva a que su interpretación y aplicación se haga a través de las decisiones que tales operadores formulan en los casos establecidos, por lo que lo relativo a la designación y mantenimiento de los jueces se convierte en un tema de extrema importancia dentro de la delicada cuestión judicial.

Aunque la doctrina coincide en hablar de la potestad jurisdiccional como un concepto único, aplicable a la actividad de juzgar sobre cualquier materia y con independencia de la misma, es sabido que la concerniente a cuestiones punitivas ha tenido desde siglos perfiles propios, diferenciados de la concerniente a aspectos civiles. Ello en manera alguna puede extrañar, toda vez que el derecho de fondo, cuya aplicación se analiza, no se invoca como un conflicto entre particulares sino entre el Estado y el individuo y las consecuencias no hacen al pago de sumas dinerarias o a otorgamientos patrimoniales, sino a graves privaciones de bienes jurídicos.

Al juez penal le corresponde determinar las circunstancias de hecho acreditantes de una conducta definida como delito y la consecuente responsabilidad de quien es sindicado como autor, determinando en su caso la sanción punitiva prevista en la ley.

La trascendencia de esta tarea y su incidencia tanto respecto de la sociedad como de los directamente involucrados en el caso penal es enorme y de meditarla serenamente en ella obligaría al más extremo cuidado no sólo en la selección de los jueces, sino, por parte del candidato, en la aceptación de tan grave responsabilidad. Desgraciadamente es sabido

que por lo común ello no es así y que el acceso a los cuadros de la administración de justicia en general y penal en particular no difiere en nada de las que se emplean para cualquier otro cargo, siendo numerosos los casos en que las condiciones del personal de la justicia penal son harto cuestionables, lo que se traduce en un desempeño en el mejor de los supuestos deficiente y generador, entre otras causas, del descrédito del sistema y de una situación de crisis prolongada y sin miras de superación.

Tal realidad contrasta con las ideas y exigencias que tradicionalmente se han expuesto al respecto, muchas de las cuales planteaban para el juez penal requisitos que excedían ampliamente los de una persona normal y pretendían convertirlo en una suerte de especialista que con los más variados conocimientos y férreas virtudes constituía la encarnación terrena del valor justicia.

Pero más allá de exageraciones y de un modo que podríamos denominar como institucional, no puede discutirse que, en primer lugar, se exige del juez en general la fundamental característica de *imparcialidad*. Esta noción implica que aquel que debe resolver sobre la cuestión sometida debe ser extraño a ella y no tener interés directo ni indirecto en el resultado, ya que de no ser así evidentemente se inclinaría hacia una de las posiciones enfrentadas y su decisión no sería ecuánime. Esta es una idea que podríamos calificar como elemental, de sentido común y ligada a lo que de alguna manera todos intuimos como una exigencia básica del valor justicia.

La noción de imparcialidad podemos entenderla de un modo general respecto al órgano jurisdiccional, lo que desde el punto de vista político-institucional se concreta en la ya señalada división de poderes y en la *independencia* del judicial respecto de los restantes poderes estatales. Así, la independencia funcional aparece como un requisito lógico

para la imparcialidad, ya que quien se encuentre en una relación de dependencia obedecerá las órdenes o sugerencias de su superior o de quien, en cualquier forma, lo controla o condiciona. La cuestión se relaciona de modo directo con la ubicación del judicial dentro del esquema de poderes del Estado y con los procedimientos designativos, a los que luego se aludirá.

Otro requisito que resulta de fundamental importancia es el de la *idoneidad*.

Es sabido que para el acceso a la judicatura se requieren condiciones objetivas y mínimas consistentes en cierta edad (que puede variar según la jerarquía del cargo), título de abogado, tiempo de desempeño profesional (igualmente variable en relación al cargo) y antecedentes personales que pueden caracterizarse de una manera amplia como de buena conducta.

Los textos legales básicos hablan, para el acceso a la función pública, del requisito de la *idoneidad*, término que indica la capacidad o aptitud para algo. Lógicamente, esta pauta debe apreciarse en relación a la tarea de que se trate. Determinar los criterios operativos en materia de jueces es una tarea ardua que exige extrema cautela y, a juzgar por los resultados prácticos de nuestra realidad, nuevas formulaciones. Por otra parte, aun dentro de mecanismos de acceso que exijan condiciones de capacidad, evaluadas a través de concursos abiertos de antecedentes y oposición, lo único que podemos determinar es un grado de conocimiento, pero no hay mecanismo alguno que nos permita asegurar que el sujeto seleccionado se desempeñará con ecuanimidad, probidad y al margen de presiones o intereses coyunturales.

Respecto a la cuestión de los conocimientos, es evidente que dentro del sistema jurídico en que se ha desenvuelto el Derecho en general y el penal en particular, el conjunto normativo aparece como un medio de control social altamente

formalizado y tecnificado³⁹, un verdadero saber específico con categorías y reglas propias y un alto grado de rigor expositivo. De ello es clara prueba lo que se conoce como dogmática jurídico-penal que, especialmente en su formulación alemana y española, ha registrado elaboraciones notables en torno a la teoría del delito y sus elementos integrantes.

Más allá de cualquier discusión en torno a este saber, nadie puede negar su rigor intelectual y que, en lo básico, los esfuerzos realizados durante casi un siglo de continuo trabajo tendieron a racionalizar y sistematizar las condiciones para una válida aplicación de la pena y a dotar de previsibilidad a las decisiones al respecto.

La profusa y calificada bibliografía existente, la seriedad de cátedras y trabajos universitarios y el dinamismo de los congresos de la materia, al igual que los que abarcan los puntos relativos a la política criminal, la criminología y las cuestiones realizativas, otorgan al tema punitivo un desarrollo doctrinario de primer orden. El mismo es de tan vasto desenvolvimiento y de tan extrema profundidad que resulta prácticamente imposible de abarcar por un solo especialista que dedique su vida entera al estudio de estas materias. Y si ello es así en un ámbito exclusivamente académico, mucho más con respecto a quien se encuentra comprometido con las diversas necesidades de la práctica aplicada y la vida institucional.

En consecuencia, se trata de postular algo así como un punto de equilibrio. Así como son diferentes los requisitos y modalidades de trabajo de un matemático o físico de las de un ingeniero, son diversas las particularidades de labor de un catedrático de las de un juez o un abogado en el ejercicio de la profesión. Pero así como nadie pensaría en poner al frente de una planta industrial a un ingeniero que no conociese acabadamente los contenidos de su materia, no puede designarse juez a quien no tenga un más que mediano dominio

³⁹ BUSTOS RAMIREZ, Juan, *Manual de Derecho Penal*, Cap. I.

del Derecho Penal y Procesal Penal actuales, un manejo adecuado de las categorías normales de tales disciplinas. Y esto porque tales elementos intelectuales constituyen eficaces herramientas para un control social racional y garantista capaz de dar previsibilidad y debido fundamento a las decisiones.

Por cierto que la idoneidad no se agota, como ya lo apuntamos, en los señalados aspectos intelectuales, sino que la cuestión hace también a aspectos éticos y de dedicación, todo lo cual hace tan complejo el tema de la adecuada selección de quienes están investidos de la facultad de juzgar.

7. Designación

A través de lo hasta ahora desarrollado puede tenerse suficientemente en claro que el tema es en extremo delicado y complejo y atañe a muy diversas circunstancias. La cuestión de la designación, permanencia y remoción de los integrantes del Poder Judicial es una de aquellas que pueden considerarse como cruciales y el verdadero punto de toque para el correcto funcionamiento del sistema, ya que, en definitiva, todo lo que se estudia respecto de los encuadres normativos será operado por las concretas personas que tienen a su cargo la dirección del proceso y la aplicación del Derecho objetivo y, por cierto, la vigencia de las garantías constitucionales.

Dentro de la idea de la división de poderes, el Judicial es de igual jerarquía que el Legislativo y el Ejecutivo, y ejerce la soberanía estatal en el área que funcionalmente le corresponde, área que aparece delimitada como una zona de autoridada y tareas específicas, sin dependencia alguna hacia los otros poderes y con una estructuración institucional particularizada. Ello surge con claridad del texto constitucional, que refuerza el diseño con disposiciones como la relativa a la estricta prohibición al ejecutivo de intervenir en causas judiciales, la estabilidad de los jueces profesionales y la intangibilidad de sus remuneraciones.

Ahora bien: dentro de los procedimientos de la democracia, los miembros del Ejecutivo y el Legislativo son elegidos mediante sufragio, lo que por lo común no ocurre con los que conforman el Judicial, circunstancia a la que ya nos hemos referido al tratar del diseño de la cuestión en el texto constitucional y el sentido que dentro de ello presenta la institución del jurado. El método de designación del Legislativo través de la propuesta del Ejecutivo, si bien puede entenderse como una manifestación indirecta de la voluntad popular, ya que quienes intervienen representan las mayorías políticas en el gobierno, ofrece abundantes flancos a la crítica, ya que resulta harto discutible que opere una auténtica representatividad y, por otra parte, de hecho, implica una notoria dependencia política del Judicial respecto del Ejecutivo que, en definitiva, efectúa la selección y, como lo evidencia la realidad, en muchos casos ejerce de hecho formas más o menos notorias de predominio e influencia.

Lo señalado ha sido advertido desde tiempo atrás y es famosa la expresión del juez norteamericano Frankfurter cuando fallando el caso "Witeker c/North Carolina" (1949) manifestó que el Judicial era el menos democrático de los poderes, reflexión que en nuestro medio y con atención a detalles específicos de análisis de la realidad ha sido desarrollado por Bergalli⁴⁰. A todas estas cuestiones he aludido con anterioridad al tratar de la garantía constitucional del juicio previo y el juzgamiento por jueces naturales (*supra*, t. I, Cap. VIII, ps. 266 y ss.), lo que resulta lógico por la notoria vinculación de la jurisdicción y sus órganos con el afianzamiento de la justicia.

Esto explica la preocupación advertida en varios países y que repercutió en la reforma constitucional argentina de 1994 de contar con organismos como los denominados consejos

⁴⁰ BERGALLI, Roberto, *Estado democrático y cuestión judicial*, Depalma, Buenos Aires, 1984.

de la magistratura que seleccionen y propongan y aun designen jueces, mediante métodos que privilegien la transparencia y la idoneidad. Al respecto, la cuestión fue objeto de importantes debates y, finalmente, quedó sancionado el artículo 114 que encomienda al Consejo de la Magistratura “la selección de los magistrados y la administración del Poder Judicial”, estableciendo el siguiente precepto que el organismo se integrará periódicamente *de modo que se procure el equilibrio entre la representación de los órganos políticos resultantes de la elección popular, de los jueces de todas las instancias y de los abogados de la matrícula federal*, más personas con destacados antecedentes académicos y científicos. Lamentablemente, el texto constitucional remite la referida composición a la regulación de una ley especial, lo que hasta el momento no se ha cumplido y que de acuerdo con lo periódicamente conocido los proyectos en análisis distan de adecuarse al espíritu de la reforma.

Por cierto que la composición de tales organismos ofrece arduos problemas y se discute si debe integrarse con una mayoría de jueces y abogados, cuál debe ser la influencia del partido político en el gobierno y de la oposición, y cuál el peso del poder académico, a más de objetarse que puede incurrirse en un intolerable corporativismo u organización estamental.

De todas maneras, pareciera que el establecimiento de ese tipo de procedimientos asegura un mayor cuidado selectivo en las condiciones de los candidatos e implica también un alejamiento de la directa voluntad del gobernante que propone y que, obviamente, puede algún día recordar al elegido quién lo designó.

Bien se dijo en un editorial periodístico en torno a un sonado caso de ineptitud, que el tema de la selección de jueces constituye “un tema clave para la vida republicana” y aparece

graves responsabilidades en los organismos y personas que tienen a su cargo la delicada tarea designativa⁴¹.

Junto al tema político (por supuesto, distante de ser resuelto en la práctica ni, tampoco, en la teoría) de la independencia como condición o presupuesto institucional de imparcialidad, se encuentra lo relativo a la imparcialidad respecto del caso, de lo que hablaremos más adelante.

8. Las condiciones particulares para el desempeño como juez en el caso concreto

Lo precedentemente estudiado atañe a lo que podemos considerar como un enfoque general respecto del órgano jurisdiccional; dentro de tal perspectiva se analizó la configuración institucional del poder y los requisitos de independencia, imparcialidad e idoneidad, como así también la delicada cuestión de los métodos designativos. Pero ahora es preciso avanzar en aspectos más particularizados y atender a los requisitos para que ese órgano jurisdiccional pueda intervenir en los asuntos que le corresponde fallar, tanto por lo que hace al ámbito determinado para el ejercicio de sus facultades jurisdiccionales como a su concreta situación de imparcialidad en el caso concreto.

En tal aspecto es preciso atender a los siguientes puntos:

A) Competencia

Es una división de índole funcional dentro de la que se desenvuelve el ejercicio del poder jurisdiccional por parte del órgano correspondiente.

Años atrás Alsina decía con ingenio que es lógicamente

⁴¹ *Clarín* del 19-3-95. En la nota se finalizaba: "Lo que desnuda este caso es la necesidad imperiosa de poner en funcionamiento el Colegio de la Magistratura, mecanismo ideado por el legislador constituyente para evitar que razones políticas, personales o de cualquier otra índole se interpongan por sobre la idoneidad a la hora de designar a los Jueces de la Nación".

posible pensar en un solitario y único juez o tribunal que ejerza en plenitud la jurisdicción en todo el territorio de un país⁴². Para tal magistrado, que tal vez en otras épocas y configuraciones sociales hubiera sido de existencia verosímil, todas las cuestiones, personas y lugares entrarían dentro de su ámbito decisorio.

Sin embargo, se sabe desde antaño que la contundencia de exigencias prácticas, tales como la distancia, la cantidad de asuntos y la diversidad de la índole de los mismos lleva a que no pueda existir un único tribunal ni un solo juez y que la función jurisdiccional, como en alguna medida ya lo vimos al tratar de la organización judicial, se multiplique a través del ejercicio de diversos órganos, que se dividen la tarea según criterios de diferente naturaleza.

Esa división funcional se concreta a través de la noción de competencia que fija el ámbito y modalidades dentro de los cuales cada órgano jurisdiccional ejerce sus facultades, por lo que puede entenderse como la aptitud del juzgador para el ejercicio de la jurisdicción en los casos que corresponden.

Mientras que el concepto de jurisdicción es único e idéntico, la competencia, entendida como "aptitud" y por ello mismo, es cambiante, múltiple y variable y se justifica en razones de división del trabajo y en la necesidad de adecuar a los requerimientos reales el servicio de justicia, adaptándolo a las particularidades regionales y de los objetos y personas puestos a la consideración del órgano. Desde esta perspectiva, la competencia es una sección de la jurisdicción (integrada por todas las competencias).

En consecuencia, la competencia delimita la zona de conocimiento, intervención, decisión y ejecución del juez o tribunal, determinando el espacio, materia y grado de los asuntos que le incumben.

⁴² ALSINA, ob. cit., t. 1, p. 580.

Dentro de la República Argentina y como consecuencia directa del sistema federal de gobierno, encontramos las competencias *ordinaria*, normal o habitual, como facultad no delegada de las provincias a la Nación; la *nacional*, que actúa como justicia ordinaria dentro del territorio de la Capital Federal del país⁴³, y la *federal*, excepcional, limitada y circunscripta a determinado ámbito territorial, personas y cosas en relación con el Estado Nacional, y a algunas materias específicas.

a) *Competencia federal*

Al tratar la organización judicial algo se consideró respecto de los órganos que la integran y a los asuntos que caen dentro de su órbita. De todas maneras, la cuestión ofrece aspectos complejos que derivan del origen del poder jurisdiccional que se implementa y de las particularidades que se presentan en la relación con las jurisdicciones provinciales⁴⁴, dada la situación de coexistencia entre ambas, lo que obliga a extremar el cuidado en la distinción, ya que con frecuencia pueden presentarse zonas grises.

De acuerdo con las normas vigentes son de competencia federal las causas que versen sobre puntos regidos por la Constitución y por los tratados internacionales: las que traten sobre embajadores, ministros públicos y cónsules extranjeros; las de almirantazgo y cuestiones marítimas; los asuntos en que la Nación sea parte; las que se susciten entre dos o más

⁴³ Cuando se federalizó la ciudad de Buenos Aires y se convirtió en Capital Federal del país, los tribunales de la Provincia de Buenos Aires que allí funcionaban fueron desplazados, sustituyéndoselos por los nacionales según un proyecto de Victorino de la Plaza y José María Rosa, y quedó convertido en la ley 1144, modificada luego por la 1893. La distinción entre jueces "nacionales" y "federales" ha sido objeto de más de una confusión y también de proyectos de unificación de competencia, toda vez que se sostenía que no surgían de la Constitución. La cuestión tuvo en su tiempo un amplio debate doctrinario, del que da cuenta D'Albora (ob. cit., Cap. V).

⁴⁴ ZAVALIA, Clodomiro, *Derecho federal*, Buenos Aires, 1941.

provincias; entre una provincia y los vecinos de otra; entre los vecinos de diferentes provincias, y entre una provincia o sus vecinos contra un Estado o ciudadano extranjero⁴⁵, como surge del artículo 100 de la Constitución de 1853 con la reforma del año 1860, leyes 48, 49 y 50 –derogadas las dos últimas– que establecían los delitos y procedimientos de competencia federal. La ley 1893 reguló los tribunales de la Capital Federal, y la ley 2372 el Código de Procedimientos en Materia Criminal; la 4055 crea las cámaras federales de apelación⁴⁶.

Se ha caracterizado a la justicia federal como *suprema* (sus decisiones no pueden ser revisadas por otro tribunal superior que no sea de índole federal, siendo el máximo la C. S. J. N.); *de excepción*, por la ya señalada circunstancia de que las provincias conservan las facultades que no han sido expresamente delegadas, y *expresa o determinada*, de acuerdo con lo anterior, lo que igualmente implica que debe circunscribirse a los casos taxativamente determinados, sin que quepa extenderla.

No puede dudarse de que dentro de la arquitectura constitucional y de acuerdo con los antecedentes que llevaron a la construcción del sistema, la Justicia Federal aparece con características muy propias y estrictamente restringida a

⁴⁵ “El gobierno nacional ha sido formado para responder a grandes necesidades generales y atender a ciertos intereses comunes; sus poderes han sido definidos y son en pequeño número. Como el gobierno provincial por el contrario penetra en todos los detalles de la sociedad, sus poderes son indefinidos y en gran número, se extienden a todos los objetos que siguen el curso ordinario de los negocios y afectan la vida, la libertad y la prosperidad de los ciudadanos. Las provincias conservan todo el poder no delegado al gobierno federal. El gobierno de las provincias viene a ser así la regla y forma el Derecho común. El gobierno federal es la excepción”. El párrafo pertenece al constituyente Gorostiaga y es citado por Zavallá (ob. cit., t. I, p. 297).

⁴⁶ D'ALBORA, Francisco, *La justicia federal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968. El autor reseña toda la legislación al respecto y sus variaciones hasta la fecha en que escribe.

aquellas cuestiones en que la Nación como tal se encuentra en alguna medida involucrada.

Sin embargo, como en tantos otros aspectos de nuestra realidad, la antedicha idea ha distado de ser mantenida y con frecuencia se han dado situaciones de avance de un verdadero centralismo absorbente de las autonomías y configuraciones provinciales, lo que repercute sobre la justicia penal.

En lo que atañe a los criterios que determinan la competencia federal en materia penal y a más de los casos ya mencionados establecidos en la Constitución Nacional y la ley 48, resulta acertada la caracterización de D'Albora en el sentido de que tal competencia "surge cuando puede considerarse vulnerado algún interés relativo a la seguridad, defensa y resguardo de las instituciones federales"⁴⁷. Sobre la base de tal criterio y atendiendo a las circunstancias de la materia considerada, el lugar y/o la investidura del sujeto se determina la competencia federal.

El Código nacional regula lo relativo a la competencia penal en su artículo 18, precepto que sienta las reglas generales sobre el tema, es decir, aplicación dentro del territorio y carácter de improrrogabilidad; este último es un principio básico de la justicia penal, que implica que las partes carecen de facultades para optar por el órgano ante el cual tramitar el proceso. En el artículo 22 se estatuye sobre la competencia de la Corte Suprema de Justicia, de acuerdo con lo dispuesto en el actual artículo 116 de la Constitución Nacional, tratando los siguientes preceptos (hasta el art. 33 inclusive) del Código de los restantes órganos jurisdiccionales que integran el Poder Judicial de la Nación.

b) *Competencia ordinaria*

Es la que ejercen cada una de las provincias dentro del ámbito de sus respectivos territorios.

⁴⁷ D'ALBORA, ob. cit., p. 65.

El artículo 5º de la Constitución Nacional establece que cada provincia dictará su propia constitución “bajo el sistema representativo republicano” en la que se aseguren los derechos fundamentales de los habitantes y su “administración de justicia”. El artículo 7º dispone que *los procedimientos judiciales de una provincia gozan de entera fe en las demás*, fijando el artículo 8º que la extradición de criminales es obligación recíproca entre todas las provincias. A su vez, el artículo 75 que fija las atribuciones del Congreso de la Nación, en su inciso 12 le otorga la de dictar los códigos generales, entre los que se encuentra el penal, “sin que tales códigos alteren las jurisdicciones locales, correspondiendo su aplicación a los tribunales federales o provinciales, según que las cosas o las personas cayeren bajo sus respectivas jurisdicciones”. A su vez, al analizar la competencia federal, ya indicamos que el artículo 116 rige los supuestos de competencia federal, entendiéndose que todos aquellos casos que no son comprendidos dentro del precepto corresponden a la competencia ordinaria u originaria.

De tal modo, se entiende que las provincias concurren fundacionalmente a la unión nacional delegando en el Estado Nacional las facultades que el texto basal consagra, pero reservándose otras, entre las que se encuentra la regulación de su servicio de justicia y los procedimientos pertinentes. Claro está que ello debe hacerse dentro de los principios fundamentales adoptados por la Nación Argentina, cuales son el régimen republicano, lo que implica la separación de poderes, y el pleno reconocimiento de los derechos y garantías individuales. En este aspecto, ya indicamos que el Derecho Público provincial registró avances significativos (supra, t. I, Cap. I, p. 60), apareciendo algunas constituciones como minuciosas y acertadas en todo lo atinente a las garantías judiciales, y que los progresos más notorios en la modernización de los procedimientos penales se dieron dentro de los Estados provinciales.

Habida cuenta de que la competencia provincial es la original y ordinaria, los diversos digestos no incluyen disposiciones relativas a enumeración de delitos de su competencia, ya que la regla es que, en principio, las infracciones punibles corresponden al conocimiento de los tribunales de las provincias donde se cometió el hecho y la excepción es la de que, por razón de lugar o materia, intervenga la justicia federal. De ahí que los preceptos de los diversos códigos establezcan que la competencia penal (improrrogable) se *extiende al conocimiento de los delitos y contravenciones cometidos en el territorio de la provincia, excepto los de jurisdicción federal o militar.*

El poder jurisdiccional de cada uno de los Estados provinciales se especifica a través de sus propios ámbitos territoriales, por lo común divididos en distritos, que entienden en la investigación y juzgamiento de los delitos comunes ocurridos dentro de sus respectivos límites. Es decir que, desde un punto de vista lógico y jurídico, la competencia deriva y es consecuencia de la facultad jurisdiccional de los respectivos Estados que conforman la Nación Argentina.

Y como ya se vio al tratar de la organización judicial, esta competencia se estructura según criterios de jerarquía (superiores tribunales, cámaras de apelación y jueces de instancia), materia (en lo que nos interesa, penal), entidad o importancia de la materia (juzgados del crimen, correccionales y contravencionales) y personas (menores).

En síntesis: la competencia ordinaria se extiende al juzgamiento de los delitos comunes y las contravenciones o faltas dentro de los Estados provinciales; en lo que hace a los aspectos territoriales, los códigos sientan el principio de que será competente el tribunal o juez de la circunscripción o distrito donde tuvieron lugar los hechos delictivos. Este principio ha sido conocido en doctrina bajo la máxima latina *locus commissi delicti*, cuya procedencia ha sido destacada seña-

lando razones que derivan de la necesidad de que la justicia actúe en la zona donde han ocurrido los hechos y los mismos han tenido repercusión, tanto por motivos que facilitan la investigación y el conocimiento como por la mejor oportunidad de defensa del imputado. Claro está que este criterio determinativo de la competencia supone la existencia de múltiples jueces de similar competencia material, distribuidos en diferentes circuitos para su actuación dentro de los mismos.

De modo subsidiario, opera la regla de que si se ignora dónde ocurrió el hecho, resulta competente el tribunal que intervino en primer término.

Así mismo, todo órgano jurisdiccional que advierta su incompetencia territorial deberá remitir las actuaciones al que corresponda, sin que lo anteriormente realizado resulte nulificado.

De igual modo, los códigos de procedimientos regulan lo que se conoce como *competencia por conexión* que refieren a hipótesis de comisión de varios delitos de algún modo relacionados entre sí⁴⁸, objetiva o subjetivamente, estableciéndose que resultará competente el que interviene en el delito de mayor gravedad o, cuando no hay al respecto diferencias, el que primero previno.

c) *Cuestiones de competencia*

Cuando por alguna razón existen circunstancias que hacen dudosa o controvertida la competencia de un determinado órgano jurisdiccional sobre un concreto asunto, surgen las denominadas cuestiones de competencia que son, de modo genérico, aquellas que llevan a la decisión sobre quién deberá entender en esa causa determinada.

Ya se indicó que la competencia aparece como la aptitud del juez para resolver sobre un caso y tiene que ver con las

⁴⁸ VAZQUEZ IRUZUBIETA, C. y CASTRO, R. A., *Procedimiento penal mixto*, Plus Ultra, Buenos Aires, t. I, p. 140.

condiciones particulares del correcto y válido ejercicio de la facultad jurisdiccional, por lo que determinar si en ese caso puede o no actuarse resulta un tema de extrema relevancia que se conecta con los presupuestos procesales, es decir, con aquellos requisitos cuya existencia permiten al juzgador expedirse sobre la cuestión de fondo sometida.

Corresponde al propio juez, de oficio o a pedido de parte, resolver lo relativo a su propia competencia, ya que se trata de una cuestión de orden público, indisponible para los sujetos procesales, que se determina conforme a las disposiciones legales que regulan la actuación e intervención de los órganos jurisdiccionales, y cuya inobservancia apareja la sanción de nulidad.

Desde un punto de vista estricto, las cuestiones de competencia son aquellas que surgen cuando dos órganos jurisdiccionales se declaran en forma simultánea y contradictoria competentes o incompetentes para la investigación o juzgamiento de un mismo hecho.

El problema puede suscitarse por razones de materia, territorio o cualquiera de los criterios determinantes de la competencia. Puede darse entre jueces de la jurisdicción federal y de una provincia, entre los de diferentes provincias o entre los integrantes de una. Así mismo, se presenta de modo positivo cuando dos o más jueces pretenden conocer del mismo hecho, y de manera negativa, cuando rehusan su intervención.

El conflicto surge tanto cuando el juez decide oficiosamente sobre su competencia o cuando es planteado por las partes. Tradicionalmente, esto se concreta mediante la *inhibitoria*, que se interpone ante el órgano jurisdiccional que se considera con competencia sobre el asunto en trámite, o por *declinatoria*, ante el tribunal entendido como incompetente, disponiendo los códigos que no podrán utilizarse de modo conjunto ambos medios. Si ante los referidos planteos los jueces no aceptan

lo pertinente, corresponde la decisión a quien resulte superior jerárquico común de los enfrentados. Cuando se trata de jueces de diferente jurisdicción (federal y provincial o de distintas provincias), corresponde pronunciarse a la Corte Suprema de Justicia de la Nación como máximo tribunal del país.

B) *Imparcialidad en el caso*

Para que el órgano jurisdiccional pueda ejercer válidamente sus facultades no sólo debe encontrarse ante un caso que corresponde material y territorialmente a su ámbito de actuación, sino que además no debe encontrarse respecto de los involucrados en situaciones que comprometan su independencia e imparcialidad, y/o generen en el justiciable un temor razonable sobre un eventual tratamiento desigual con inclinaciones hacia una de las posiciones relacionadas y sustentadas respecto al objeto procesal o con las personas involucradas.

Ya hemos visto que las dos nociones aludidas resultan consustanciales con la idea misma de jurisdicción y que la hipótesis de un juez dependiente de un poder extraño, o ligado o motivado hacia una de las posiciones o personas en litigio, resulta, a más de éticamente repugnante, contraria a la lógica de la relación procesal (el juzgador como el tercero imparcial e impartivo) y a las bases políticas del sistema.

En consecuencia, estos requisitos deben encontrarse presentes para garantizar la ecuanimidad no sólo de modo general respecto de la ubicación institucional del Poder Judicial y de la actuación de los tribunales, sino de modo concreto y puntual en cada caso particular. Se trata de asegurar a las partes las condiciones de un juzgamiento del que estén ausentes motivos que funden sospecha en orden a que el tratamiento de las personas y cuestiones se encuentre de algún modo condicionado por afectos, circunstancias de interés, vin-

culaciones o actuaciones anteriores o concomitantes que influyan sobre las decisiones.

Los códigos regulan la materia dentro de los institutos de la *inhibición* y de la *recusación*, estableciendo los motivos que conducen al apartamiento del juez cuando medie algunas de las causales que expresan. Las mismas refieren a:

a) *Circunstancias relativas a la vinculación del juzgador con la causa*

Tales como los casos en que el juez ha sido testigo del hecho o lo ha denunciado o ha intervenido como perito, acusador o defensor o ha manifestado opinión que implique prejuzgamiento.

La circunstancia más notoria y sencilla de entender es aquella en la cual, en actos anteriores de procedimiento, un actual integrante del órgano jurisdiccional que debe pronunciarse sobre la cuestión ha tenido una neta intervención partiva, lo que por el propio cumplimiento de tal función implicó una situación parcial y el sostenimiento de posiciones particularizadas en orden a la resolución del tema en análisis.

De igual modo, cuando algún integrante del órgano jurisdiccional se ha pronunciado dentro del proceso respecto de la cuestión sometida. Tal sería el caso de un miembro del tribunal colegiado de juicio oral que con anterioridad dirigió la investigación instructoria y emitió resoluciones de mérito al respecto o, en supuestos de juicio escrito, posteriormente formó parte de una cámara de apelación que tiene a su cargo el pertinente recurso.

Lo señalado permite formular la regla de que quien ha actuado en actos anteriores del procedimiento como juez de instrucción, fiscal, defensor, querellante, o actor civil, no puede posteriormente entender como miembro de un tribunal de sentencia, de apelación, casación o constitucional en relación

al mismo caso⁴⁹, toda vez que su precedente intervención se concretó en posiciones que trasuntaron una postura partiva o que implicaron análisis de mérito sobre lo investigado. Del mismo modo, un tribunal que actuó como cámara de apelación de un procesamiento no puede intervenir como órgano jurisdiccional de juzgamiento⁵⁰, ya que en todos los supuestos considerados se trata de establecer una distinción clara y nítida entre lo que pueda haber sido actividad preparatoria, de índole investigativa o decisoria, con lo que hace al pronunciamiento jurisdiccional de fondo y conclusivo que, para ser plenamente tal, no debe encontrarse condicionado por ninguna hipótesis previa o posiciones precedentes que, en la medida que fueren, implican de hecho un “prejuicio” respecto del juicio definitivo⁵¹.

Los encargados de pronunciarse en el tribunal de instancia o de grado no pueden haber tenido una actividad o intervención anterior en la misma causa, pues ello a más de las razones expuestas en el párrafo anterior, desnaturaliza también en la práctica el sistema de dividir los procedimientos en momentos diferentes (investigación preparatoria, acusa-

⁴⁹ En relación a lo señalado, el sistema imperante en el anterior Código de Procedimientos en Materia Criminal donde los jueces federales de sección eran a la vez instructores y sentenciadores, aparecía como groseramente inconstitucional. Y lo mismo vale para aquellos procedimientos, por lo común de índole correccional, en los que se da identidad de órgano jurisdiccional para la investigación instructoria y el juzgamiento, ya que resulta un requisito insoslayable para la ecuanimidad decisoria la neta distinción entre quienes preparan las bases de la acusación pública y quienes deciden en definitiva. Al respecto puede consultarse: BOVINO, Alberto, *Imparcialidad de los jueces y causales de recusación no escritas en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, en L. L. 1993-E-566.

Igualmente, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional del Reino de España ha sentado la doctrina a que hacemos referencia, lo que del mismo modo aparece tratado por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

⁵⁰ Resume D'Albora (ob. cit., p. 81) con acierto que estas previsiones resultan correctas porque se trata de supuestos –los del art. 55, inc. 1º, del C. P. P. N.– en los cuales el juez “anticipó opinión y parece que esto cohibe su imparcialidad”.

⁵¹ CLARIA OLMEDO, *Tratado...* cit., t. II, ps. 76 y ss.

ción y debate) a los fines de funcionalizar etapas y permitir controles sucesivos, todo lo cual deriva de criterios de racionalidad de índole garantizadora en favor de los involucrados, y responde al esquema constitucional de lograr el juzgamiento por un tribunal neutral, imparcial en todos los sentidos e implicancias del término, cuyo paradigma es el jurado⁵².

En lo que atañe a los supuestos en que el juzgador aparece comprometido en relación a la prueba, como es el caso derivado de un conocimiento de los hechos investigados por percepción directa, resulta obvio que el magistrado debe apartarse. En primer lugar, porque en su carácter de testigo es imprescindible su intervención como tal dentro del proceso, jugando un papel por completo diferente e incompatible con el de juez, y en segundo lugar porque el conocimiento sobre el que debe pronunciarse debe surgir de las constancias y actividades procesales y no de un conocimiento personal, fuera de la relación procesal y por lo tanto incontrolable. Lo mismo ocurre en la situación de que se hubiese expedido o actuado como perito.

El último supuesto que contempla el inciso 1º del artículo 55 del Código Procesal Penal de la Nación es el relativo al que el juez hubiese intervenido como abogado, en otras actuaciones judiciales o administrativas, en favor o en contra de las partes sometidas a su actual juzgamiento.

Por supuesto que es también causal de apartamiento del

⁵² La redacción original de la ley 23.984 contemplaba de manera expresa estas causales. Al respecto observa D'Albora (ob. cit., p. 81) que: "A nuestro modo de ver la previsión anterior era correcta porque un magistrado que intervino en cualquiera de los actos procesales referidos, anticipó opinión y parece que esto cohíbe su imparcialidad. Sólo por razones prácticas, originadas en el trámite correccional y en el de menores, el mismo juez federal o nacional, con competencia ordinaria, asume primero la función instructoria y luego la de tribunal de juicio". Es evidente que esta situación, repetida en algunos digestos provinciales —como el de Santa Fe—, es de directa inconstitucionalidad y desvirtúa la garantía del juzgamiento imparcial.

magistrado su relación con algún interés personal vinculado al objeto procesal.

Otra importante causal de apartamiento motivado por sus relaciones con la causa es la que se conoce como *prejuzgamiento* y que es la de haber emitido opinión sobre el objeto procesal o la situación en análisis, lo que en considerable medida guarda correlación con los motivos que precedentemente se han expuesto. La opinión debe referirse a la causa controvertida en el proceso en el que ha de juzgarse y producirse fuera del momento y de las circunstancias en que debe válidamente producirse el pronunciamiento, cuyo sentido es, precisamente, anticipado antes del tiempo y forma que corresponden.

Los diccionarios de la lengua definen el término *prejuzgar* como el de juzgar antes del tiempo oportuno o correspondiente, o sin tener del caso cabal conocimiento. Como se advierte, de este concepto se desprenden sin esfuerzo las razones descalificantes de tal tipo de actitud, ya que nos encontramos ante un adelanto de parecer o criterio que evidencia una posición ya asumida que indica la dirección de lo que se decidirá en su momento, haciéndolo con anterioridad a que se hayan ponderado la totalidad de los elementos acreditantes y argumentativos sobre el caso.

El *prejuzgamiento* es una forma del *prejuicio*, es decir, la manifestación de una idea o valoración sobre algo con antelación a su completa demostración, y antes del momento en que corresponde explicitarla. De hecho, constituye la negación del desarrollo secuencial del proceso y del avance pautado, de momento, de conocimiento y pronunciamiento, ya que la anticipación prescinde de los pasos debidos que conducen a la decisión. Esto se agudiza en el caso de los cuerpos colegiados de juzgadores, ya que el juicio anticipado prescinde de la deliberación e intercambio de ideas que debe caracterizar un

trabajo común, en el que el resultado final tiene que surgir, precisamente, del análisis conjunto.

Ahora bien: es evidente que la opinión debe concernir al caso sobre el que se emitirá resolución. Expresar lo que se piensa sobre un caso similar o sobre un aspecto teórico de índole general no hace incurrir en la causal de apartamiento, como tampoco los precedentes en torno a la cuestión. Como ha sido antigua y mantenida doctrina judicial, la tacha por prejuzgamiento *se refiere a la opinión manifestada antes de la oportunidad establecida por la ley, respecto del pleito mismo, y no a la que fundamenta el fallo en otra causa* (J. A. 1923-X-123).

Los códigos del sistema mixto disciplinan el tema preceptuando el prejuzgamiento como la conducta de haber dado consejo o haberse manifestado extrajudicialmente sobre el proceso a "alguno de los interesados" (art. 55, inc. 10, C. P. P. N., concordante con los provinciales). Es obvio que la acción de aconsejar a alguno de los directa o indirectamente involucrados en la resolución de la causa implica un grave apartamiento de la imparcialidad del juzgador, ya que significa no sólo revelar indebidamente lo que se piensa sobre el tema antes de la oportunidad legal de manifestarse, sino que es también un favorecimiento hacia una de las partes o interesados. Lo que puede presentar algunos motivos de dudas interpretativas es cuando las manifestaciones sobre el proceso se efectúan no de manera directa a dichos interesados, sino ante terceras personas o público en general, como es el caso de declaraciones periodísticas. Estimo que no puede vacilarse en afirmar que, en tal supuesto, la tacha sería procedente, tanto por el apartamiento de lo mandado en los preceptos atinentes a la formalidad y temporalidad del pronunciamiento como por la notoria circunstancia de que esa opinión, a más de incurrir en todo lo que anteriormente hemos señalado, podría fácil y seguramente llegar a los interesados.

b) *Circunstancias relativas a la vinculación del juzgador con las personas involucradas dentro del proceso*

Se trata de motivos derivados de lazos de índole afectiva y vínculos de parentesco con quienes intervienen dentro del proceso. Resulta de elemental lógica pensar que si el juzgador se encuentra emotivamente relacionado o presentare lazos de intereses con uno de los involucrados, su decisión será sospechable de parcialidad, según las reglas normales de experiencia. Como ha sido reiteradamente señalado, el juez no sólo debe ser justo, sino también parecerlo y no deben darse ni tan siquiera motivos objetivos de sospecha, con independencia de que en la realidad y en cada caso concreto esos motivos de parcialidad operen efectivamente.

Los códigos enumeran supuestos que prevén situaciones en las que un magistrado intervenga dentro de un proceso en el que haya actuado anteriormente un pariente como juez; otras en que fuese pariente del imputado, el querellante, el ofendido o víctima o las partes civiles, lo que también se extiende a supuestos en que el juzgador o alguno de sus parientes tuviese interés en el resultado del proceso, o hubiese juicios pendientes iniciados con anterioridad, o vinculaciones de índole patrimonial o societaria, o motivos graves de amistad o enemistad, o beneficios recibidos (art. 55, C. P. P. N.).

Como se advierte de la lectura del texto legal, se trata de situaciones que, de modo objetivo, llevan a suponer que el juzgador puede no actuar en el caso con la ecuanimidad inherente a la función jurisdiccional.

Respecto de las vinculaciones de índole familiar, la cuestión aparece como nítida, pero resulta de más difícil apreciación la relativa a la amistad o enemistad, ya que es difícil medir los grados de afectos y establecer parámetros lo suficientemente claros y objetivos como para brindar un criterio general, aplicable a las muy diversas situaciones que pueden presentarse en la vida de relación. Criterios como la frecuen-

cia de trato, compañerismo, concurrencia a iguales instituciones, etcétera, pueden ser indicadores de la amistad, así como también, en lo que atañe a lo opuesto, el haber protagonizado discusiones o enfrentamientos públicos.

La cuestión se hace aún más compleja en asientos judiciales ubicados en ciudades pequeñas, en las que dentro de ciertos ambientes ocurre el trato habitual y la frecuentación de idénticos lugares y relaciones.

De todas maneras, el criterio que debe imperar es el de que la existencia del impedimento afectivo sea de tal naturaleza que afecte la necesaria imparcialidad del juzgador y no genere ni en él ni en los involucrados una violencia moral o una nítida inclinación favorable o desfavorable.

Otra arista del tema que ha ofrecido elementos para la duda es la de si los referidos motivos se extienden también hacia los profesionales que actúan dentro del proceso, ya fuere como fiscales, defensores particulares o de oficio y apoderados de las partes querellante y civiles. De acuerdo con las ideas expuestas y teniendo en cuenta que la intervención de estos sujetos es permanente y aún más notoria que la de los propios directamente involucrados, la respuesta no puede ser otra que la afirmativa, ya que obviamente la situación de parcialidad que pueda producirse repercutirá sobre éstos y resentirá la simetría de la relación procesal⁵³. Es posible pensar que el artículo 58 del Código Procesal Penal de la Nación admite esta solución, la que resulta más todavía de nítida admisibilidad, toda vez que secretarios y auxiliares deben inhibirse o pueden ser recusados cuando en el caso concurra alguna de las circunstancias estudiadas, y que el término "interesados" que emplea el Código en torno a la cuestión abarca, sin duda alguna, a los profesionales, lo que de modo expreso hace el artículo 451.

⁵³ PALACIO, Lino Enrique y ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Código Procesal Civil y Comercial de la Nación*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1988, t. I, p. 493.

c) *Excusación y recusación*

La imparcialidad del juez en el caso, en relación a las situaciones que, por relaciones del órgano jurisdiccional con el objeto y/o las personas del proceso aparece comprometida o cuestionada, se procura proteger mediante los institutos de la excusación y la recusación que tienden al apartamiento del juez que se encuentre dentro de alguno de los motivos previstos. En consecuencia, en los casos de vinculaciones directas o indirectas del juzgador con el proceso o con los interesados, se procura que el magistrado que se encuentra en tal situación se separe del entendimiento del caso por propia decisión o a pedido de parte.

La excusación es el medio mediante el cual el juez entiende que se encuentra en una situación en la que estima que existen motivos impositivos para su desempeño ecuánime. El artículo 55 del Código Procesal Penal de la Nación establece que “el juez deberá inhibirse de conocer en la causa...” cuando exista alguno de los motivos o causales que a continuación enumera en doce incisos y que hemos considerado en los apartados anteriores.

Se trata de una decisión personal y oficiosa del juzgador, quien deberá fundarla explicitando las razones que la fundamentan. En ella deberá valorar sus deberes como órgano de la jurisdicción con los motivos que pueden comprometer su imparcialidad. No se trata de apartarse por cualquier motivo nimio, aunque ello evidencie una especial sensibilidad, sino de determinar si esos motivos pueden, objetivamente, arrojar sombras sobre su actuación o generar recelos y, subjetivamente, si los mismos pueden incidir en la ecuanimidad decisoria.

El juzgador que decida su inhibición remitirá las actuaciones al que corresponda para su reemplazo; si éste no acepta la procedencia de la excusación, elevará las actuaciones a la cámara que resulte superior de ambos para que resuelva en definitiva; en caso de tribunales colegiados, se dirigirá a sus pares.

Por las mismas causales que justifican la excusación, las partes podrán plantear *recusación* (art. 58, C. P. P. N.), lo que deberán hacer, bajo sanción de inadmisibilidad, en escrito fundado donde se individualicen de modo concreto los motivos invocados y, en su caso, los elementos probatorios pertinentes. La regla es que la recusación debe interponerse en la primera oportunidad idónea, es decir, al tomarse conocimiento de qué órgano jurisdiccional interviene, aunque el artículo 60 del Código nacional la admite en la etapa instructoria hasta su clausura; ya en la etapa del juicio corresponde hacerlo durante el plazo de citación y, tratándose de recursos, en el primer escrito o durante el plazo de emplazamiento.

Se ha señalado que mientras en la excusación es admisible un criterio amplio, pudiendo comprender “hasta motivos graves de decoro o delicadeza personal”⁵⁴, la recusación es de interpretación restrictiva. Si bien puede admitirse este criterio, el mismo sólo es válido en cuanto deriva de lo ya indicado respecto a motivos que, en el ánimo del juzgador comprometan su imparcialidad, pero no debe olvidarse que, al contrario de lo que cierta doctrina judicial marcó en numerosos casos, los institutos estudiados no funcionan en salvaguarda de la investidura judicial sino como garantía constitucional en favor de los justiciables y en directa vinculación con la imparcialidad de la función jurisdiccional. Entender lo contrario implica desconocer el sentido que preside y da coherencia a las normas respectivas.

9. El personal de los juzgados (colaboradores del órgano jurisdiccional)

Desde el punto de vista histórico, el proceso inquisitivo, a diferencia del acusatorio, es consustancial a la creación y mantenimiento de un complejo aparato de justicia, cuya estructura responde a las características de ser una depen-

⁵⁴ D'ALBORA, ob. cit., p. 85.

dencia oficial, de índole permanente, jerárquicamente organizada y con medios apropiados al cumplimiento de sus fines. Así, junto a los jueces propiamente dichos, aparece una compleja red de escribanos, secretarios, ujieres, escribientes, archiveros, oficiales, guardianes y verdugos, de los que nos ha dado cuenta la literatura de la Picaresca.

España trasladó ese aparato a sus colonias y según la disponibilidad de medios repitió en América esas formas organizativas que, en lo básico, siguen constituyendo las raíces de nuestra frondosa y poderosa burocracia judicial.

Los largos años de proceso escrito contribuyeron fuertemente a consolidar formas culturales que otorgaban a la administración (en el sentido propiamente "administrativista" del término) de justicia el objetivo fundamental de mantenerse a sí misma, generando empleos (por lo común, ampliamente deseables) y apareciendo con fuerza como una manifestación burocrática por excelencia, como una maquinaria de complejos engranajes en las que las razones de su funcionamiento, lento y pesado, por lo común escapaban a criterios racionales.

Ello se agudizó especialmente dentro de la Justicia Federal, entendida como un coto cerrado, a veces verdadero feudo, en el que determinadas familias y grupos sociales mantenían por años el monopolio de los puestos, repitiéndose apellidos y generándose lazos de adhesión, lealtades e intereses por completo propios, al igual que manifestaciones rituales más cercanas a las pompas monárquicas que a la sobriedad republicana.

Pero al margen de defectos de esa naturaleza, es evidente que la institucionalización del aparato de justicia significó la consolidación de formas organizativas de la judicatura a la manera de oficinas judiciales, crecientemente complejas, cuyo centro jerárquico es el juez o tribunal, y su integración se conforma con secretarios, relatores, ujieres, sumariantes, ofi-

ciales, encargado de mesas de entrada, ordenanzas, etcétera. De ahí que sea un tanto ingenua –cuando no directamente incorrecta– la ficción de hablar de los diversos actos judiciales como producidos o emanados exclusivamente por el “juez”, lo que si bien puede admitirse desde el punto de vista formal, no es en manera alguna cierto desde una perspectiva realista. Esto se agudiza en los casos de procedimientos escritos, donde por la propia lógica de la tarea deben existir una cantidad de escribientes, fedatarios que autentiquen las actas y archiveros que guarden el material. De igual modo –lo que resulta particularmente notable en el trabajo de la instrucción formal– se generaliza el fenómeno de la delegación de funciones, ocurriendo en la práctica que el juez instructor sólo conoce (salvo casos de importancia a los que se aboca directamente) actas y no actos y dirige una tarea que cotidianamente llevan a cabo los “sumariantes”, a quienes por lo común se encargan causas determinadas cuya investigación de hecho conducen a todos los efectos, siendo los que en la habitualidad del trabajo toman declaraciones a imputados y testigos, analizan las documentales, practican los careos y preparan los borradores de las resoluciones.

En los supuestos de las cámaras, la figura de los “relatores” juega un papel preponderante, ya que son quienes en la mayoría de las causas examinan los expedientes, analizan los escritos de las partes, buscan y ordenan los antecedentes jurisprudenciales y proponen los proyectos de sentencias.

En consecuencia, la verdadera estructura judicial está compuesta por muchos más integrantes que los que estrictamente corresponden a los órganos jurisdiccionales y si bien, indudablemente, los jueces son los que encabezan estas verdaderas “oficinas”, no puede desconocerse que su papel es mucho menos relevante que el que le asignan las ficciones normativas y doctrinarias. En los casos de los tribunales de juicio oral, el fenómeno es menos perceptible, ya que el pro-

tagonismo de los jueces es notoriamente mayor y no puede desconocerse que la conducción del debate y el examen de la prueba, así como la decisión les corresponde por completo, aunque igualmente los requerimientos de índole administrativa exigen la colaboración de numeroso personal.

Por lo común, el tema de estos colaboradores es estudiado bajo la denominación de “los auxiliares del juez”⁵⁵. Entre éstos, el de mayor importancia, de modo especial en el proceso realizado por registros, es el *secretario*, a quien compete principalmente todo lo relativo a la organización y custodia de los expediente y efectos, y actuar como fedatarios o autorizantes de los diversos actos y al conocimiento de los mismos. Dentro de la común práctica de dividir los juzgados en dos o más secretarías, actúan de hecho como encargados de sus respectivos ámbitos, con funciones reales que exceden en mucho las que legalmente les corresponden.

Advierte con agudeza Briseño Sierra que la etimología de la palabra “secretario” alude a la idea de secreto y a la tarea de guardarlo, desempeños indisolublemente ligados a ciertas formas y características de la actuación judicial de *progenie inquisitiva*⁵⁶. Y más allá de las modificaciones que los diferentes regímenes legales han dado a esta figura, siempre su desempeño judicial se ha centrado en torno de la denominada función actuarial que consiste en “hacer indubitable la objetivación de las relaciones jurídicas”⁵⁷, otorgando a las actuaciones pertinentes el carácter de documentos públicos.

La cuestión merece especial importancia toda vez que un requisito fundamental del desarrollo de los procedimientos

⁵⁵ ODERIGO, Mario, *Derecho Procesal Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1975, p. 286.

⁵⁶ BRISEÑO SIERRA, ob. cit., t. II, p. 436.

⁵⁷ Briseño Sierra (ob. cit., t. II, p. 436) señala que la actuación actuarial ha comprendido históricamente al secretario, al notario, al registrador y al canciller. En todos los casos se trata de sujetos a quienes el Estado confía la manufactura o la verificación de ciertos actos.

judiciales es el de la autenticidad de los registros y la observancia de las condiciones de tiempo, modo y lugar en que los diversos actos se ejecutan, como lo hemos considerado en el capítulo anterior. Y es evidente que aun en el caso de audiencias realizadas oralmente, resulta imprescindible que quede la debida constancia de lo acontecido a través de un acta que, aun de modo sucinto, refleje la presencia de los sujetos intervinientes en el acto y de sus posiciones. Todo ello es tarea del secretario, cuyas funciones refieren fundamentalmente a la autenticación registral, actuando a la manera de un testigo público y calificado, instituido por el Estado, que da fe de la verdad de lo que se hace constar.

También debe mencionarse dentro del personal que colabora con los órganos jurisdiccionales a los ujieres, que actúan dentro de las cámaras federales de apelaciones para el cumplimiento de notificaciones, embargos y para la ejecución de las disposiciones que se les encomiendan, tareas que de igual modo cumplen en el orden provincial y en los juzgados federales de primera instancia los oficiales de justicia. A estos funcionarios deben agregarse los diversos empleados, cuya jerarquía y funciones se organiza dentro de las respectivas leyes orgánicas y disposiciones relativas al personal judicial.

10. El jurado

En orden a la estructuración de la jurisdicción penal podemos distinguir dentro de las configuraciones históricas y según el panorama del Derecho Comparado, entre un modelo oficialista donde la misma es impartida por funcionarios permanentes del Estado y otro donde el acto de impartir justicia corresponde a los ciudadanos. Todo lo estudiado en orden al juez técnico corresponde a la primera categoría, debiéndose tratar ahora la segunda.

CAPITULO XV

EL JURADO EN CAUSAS PENALES

1. Introducción

Luego de largos años de silencio, sólo quebrado de tanto en tanto por esporádicas y desdeñosas menciones, las más de ellas de notoria superficialidad, el tema del jurado para decidir sobre causas criminales comienza a instalarse con signos de vigor dentro del debate jurídico actual en nuestro país.

Ello comenzó en la segunda mitad de la década del '80 cuando la discusión en torno a la reforma del enjuiciamiento penal nacional incorporó cuestiones hasta entonces prácticamente desconocidas, tales como la investigación fiscal preparatoria, el principio de oportunidad, la intervención y protección de la víctima, los procedimientos abreviados, la necesidad de la consideración integrada de lo sustantivo y lo realizativo, etcétera, temas que no sólo tuvieron tratamiento en el ámbito académico de las universidades nacionales y los congresos sobre la materia, sino que también comenzaron a estar presentes en los debates legislativos, como expresiones de tendencias hacia la modernización de una justicia penal cada vez más sumida en el atraso y el desprestigio. Y aunque esa dinámica pareciera haberse en gran medida detenido, de manera coherente con lo acontecido respecto del proceso de pro-

fundización democrática, y aunque posturas retrógradas que creíamos (o, más bien, deseábamos) desterradas hayan aflorado nuevamente, las ideas fuerzas en torno a la modernización de la justicia siguen apareciendo como motores que impulsan cambios y a las que es preciso atender.

En este sentido, no puede dejar de advertirse un fenómeno general de atraso cultural que viene desde muy atrás y que se confunde con los orígenes de las nacionalidades latinoamericanas. Se ha observado al respecto que nuestro país (y ello es aplicable a la región latinoamericana), primero como parte del imperio español y posteriormente como entidad jurídicamente independiente, había ingresado “tarde y mal en la modernidad, arrastrando muchos tabúes culturales que aún perduran en algunos barrios de nuestra cultura”¹. Ello, que responde a los más diversos ámbitos del conocimiento y de la vida institucional, surge con nitidez en el “barrio jurídico”, donde sólo de tanto en tanto aparecen algunas presencias y corrientes de verdadera renovación que, por lo común, luego de esplendores y deslumbramientos iniciales, son pronto opacadas por un fuerte retorno a las rutinas tranquilizadoras en las que los intentos de cambios se diluyen y todo sigue más o menos igual que siempre, es decir, bastante mal.

De todos modos, la fuerza de la globalización de los conocimientos y hasta algunos azares en el desarrollo de los mismos hace que los antiguos provincialismos pierdan vigencia y que la consideración de algunas cuestiones aparezca como necesaria. Ello ha acontecido en general, como dijimos, respecto de la modernización de los estudios penales y del enjuiciamiento en particular, tocándole el turno, dentro de la propia dinámica de los problemas, al tema del jurado.

Comienza así un retorno hacia un instituto notablemente olvidado y muy poco conocido en nuestro país, donde a pesar

¹ DE OLASO, Ezequiel, *El creador de la Modernidad*, en *La Nación* del 31-3-96, Sec. Cultura.

de expreso mandato constitucional se mantuvo un incumplimiento secular que se nos presenta como una de las tantas asignaturas pendientes de nuestra realidad institucional.

En orden a la estructuración de la jurisdicción penal podemos distinguir dentro de las configuraciones históricas y según el panorama del Derecho Comparado, entre un modelo oficialista donde la misma es impartida de manera exclusiva por funcionarios permanentes del Estado y otro donde el acto de impartir justicia corresponde a los ciudadanos. De igual modo, encontramos sistemas que podríamos denominar como mixtos, en el cual puede ocurrir que la intervención del juez técnico opera luego del veredicto del jurado popular y otros en los cuales el cuerpo colegiado se integra de modo complejo con jueces técnicos y decisores legos.

Al analizarse las formas en que se concretaba el ejercicio jurisdiccional en la historia y en diferentes culturas, hallamos la institución del jurado que, de modo genérico, puede caracterizarse como un conjunto de individuos no pertenecientes de modo permanente al poder oficial, designados y reunidos para decidir sobre un caso judicial. El número de sus integrantes es variable y también su composición, siendo posible mencionar, como ya se indicó, cuerpos formados exclusivamente por legos y otros de índole mixta, es decir, por ciudadanos sin profesión legal, que actúan de modo conjunto con letrados.

Ante esta diversidad resulta difícil proponer una definición estricta, pero ciertamente el dato relevante es el de que se trata de un cuerpo colegiado necesariamente integrado por ciudadanos sin el carácter público de la magistratura oficial, que concurren circunstancialmente para decidir sobre un caso singular². Esta

² ALEJANDRE, Juan Antonio, *La justicia popular en España*, Universidad Complutense, Madrid. El autor distingue entre "Tribunal del Jurado", que puede estar compuesto por jueces técnicos y legos, y el "jurado" propiamente dicho, al que define como "cierto número de ciudadanos elegidos por la suerte y llamados a decidir, según su conciencia, acerca de la inocencia o culpabilidad del reo sometido a juicio" (p. 17).

decisión se efectúa a través de un veredicto, es decir, un pronunciamiento que admite o rechaza la acusación, sin que se expongan las razones que llevaron a tomar esa posición, la que resulta vinculante para el ejercicio del poder punitivo.

Se entiende que el tema ha adquirido en nuestros días plena actualidad y vigencia; ello, a más de razones de índole teórica y aun política, tiene una fundamental necesidad positiva. En efecto: la reciente reforma constitucional de 1994 mantuvo todas las cláusulas de la originaria de 1853, por lo que es obvio que nuestra Ley Fundamental ha reafirmado el viejo mandato y toda discusión sobre la conveniencia o inconveniencia del instituto cede ante la claridad de lo dispuesto, que el legislador común tiene la inexcusable responsabilidad de cumplir, sin que quepan más dilaciones. La jerarquía del orden jurídico, que descansa en la base del texto y espíritu constitucional, exige la reglamentación pertinente y la adecuación de los mecanismos procesales a ese método decisorio.

2. Los antecedentes históricos y nociones sobre la cuestión en el Derecho Comparado

A) *Los antecedentes clásicos*

Por lo común, el instituto aparece íntimamente ligado al proceso acusatorio y se presenta como consecuencia directa de los principios de intervención y control popular en la resolución judicial. De igual modo, ha sido concebido como un instrumento asegurador de las libertades públicas frente al poder estatal³. En algunas de sus manifestaciones históricas,

³ OSSORIO Y FLORIT, Manuel, *Juicio por jurados*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XVII. Al respecto cita (p. 471) lo dicho por la Comisión Especial de las Cortes españolas para la redacción del Código de Procedimientos Criminal (1821): "El origen del jurado, establecimiento amigo del hombre y de su libertad, se pierde en el paso del tiempo. Quizá nació con la sociedad civil y fue anterior a las leyes escritas. La historia nos lo ofrece como inseparable de los pueblos libres y del sistema representativo. Grecia y Roma y todos los pueblos que han tenido algún respeto a

como en el caso del Derecho ático, implicaba una participación directa de un gran número de ciudadanos, lo que también se refleja en las asambleas populares propias del acusatorio privado.

La primera y más nítida configuración del jurado la encontramos dentro del Derecho ateniense, donde aparece en estrecha relación con el desarrollo democrático y como parte fundamental del mismo. Entre las grandes reformas que marcan el paso del régimen aristocrático al democrático y entre las más significativas transformaciones políticas impulsadas por Solón, se encuentra la de haber modificado las formas jurisdiccionales derivadas de la antigua realeza y la de hacer "participar al pueblo en la jurisdicción, constituyendo un numeroso Tribunal de Jurados (*heliea*), integrado por voluntarios"⁴, lo que significó atribuir a la ciudadanía la administración de justicia y la interpretación del Derecho. Estas reformas fueron intensificadas por Pericles, apareciendo hacia el siglo V antes de Cristo el jurado popular como la manifestación por excelencia del sistema aplicativo del orden jurídico.

El jurado era integrado por hombres mayores de treinta años en uso de la plenitud de sus derechos cívicos; para formar parte del organismo debían registrar su inscripción como aspirantes al cargo, procediéndose anualmente al sorteo de cinco mil jurados, más mil suplentes. Los designados eran distri-

sus libertades lo han reconocido, y lo han conservado más o menos puro en razón del mejor o peor estado de su libertad política. Degenera y se vicia con el poder absoluto; se perfecciona y fructifica con la fuerza e independencia del Poder Judicial. En Inglaterra es un árbol frondoso, que arraigado en el espíritu público, no tiene que temer la fuerza y violencia de los huracanes, y acaso su jurado es el mejor sostén del equilibrio de sus poderes y de la robustez de sus costumbres. La Francia lo estableció en medio de su Revolución; pero no dio fruto alguno, porque la agitación es un aire abrasador que acaba con la fuerza de las leyes y consume y aniquila el orden y la justicia..."

⁴ MAISCH, R. y POHLHAMMER, F., *Instituciones griegas*, trad. de W. Zotter, Labor, Barcelona, 1931.

buidos en diez secciones y debían prestar un juramento ritual⁵. Según la importancia del caso, intervenía determinado número de juzgadores, los que portaban varas que distinguían su función y se reunían en la plaza pública.

La intervención de los jurados era consustancial del sistema acusatorio y del desarrollo del procedimiento, oral y contradictorio, con intermediación probatoria. En dichos procedimientos la figura del juez técnico era desconocida, ya que el *arconte basileus* poseía solamente funciones de vigilancia de las reglas de actuación. Al respecto, dentro del pensamiento griego existía plena conciencia de la importancia política, siendo conocida la observación de Aristóteles respecto a los modos de las decisiones jurisdiccionales en el sentido de que “cuando Solón entregó la piedra de votar al pueblo, le cedió el poder”⁶.

En Roma es posible seguir con relativa facilidad la correlación entre el sistema de gobierno y las manifestaciones del enjuiciamiento penal. En efecto: el paso de la monarquía a la república es una transición que marca el avance hacia un sistema acusatorio, en gran medida derivado del modelo ateniense. Al respecto, es relevante el antecedente de la *provocatio ad populum* que significaba el derecho de los ciudadanos de recurrir ante sus iguales para evitar los efectos de una decisión del rey. Es importante destacar que tanto en Grecia como en Roma se produce el mismo fenómeno consistente en un paulatino debilitamiento de las facultades decisorias del

⁵ “Me comprometo solemnemente a juzgar de conformidad con las Leyes y en consonancia con las decisiones del pueblo de Atenas y de su Consejo; pero en los casos que no estén previstos por la ley, fallaré con arreglo a la rectitud de mi conciencia, sin favor o rencor. Me propongo escuchar con el mismo ánimo al acusador que al acusado y daré sentencia exclusivamente atendiendo a la índole de la causa...”

⁶ ARISTOTELES, *Constitución de Atenas*, 9.1. Así mismo, en la *Política* analiza el funcionamiento y constitución de los tribunales únicamente como integrados por jurados (1.300 b). En el mismo sentido: DEMANDT, Alexander, *Los grandes procesos*, trad. de E. Gavián, Crítica, Barcelona, 1993. En p. 15, dice: “La democracia ática no conoció juez de oficio, estamento de juristas o expertos en Derecho. El ciudadano se hacía experto en leyes, lo que parecía lo correcto”.

rey y el correlativo aumento de las populares, las que a través de las asambleas o comicios ejercieron las facultades de juzgar⁷. La evolución se acentúa durante la plenitud de la República con el funcionamiento de la acción popular ante jurados propiamente dichos como procedimiento ordinario.

De igual modo, el acusatorio privado de los germanos se asentó sobre las decisiones de las asambleas populares compuestas por hombres libres, lo que también se encuentra en las diversas formas de justicia de la mayoría de los pueblos durante la Alta Edad Media. Sólo con el advenimiento de la centralización monárquica y el establecimiento de un aparato oficial de justicia, aparecen la acción y pena públicas, la investigación y juzgamiento a cargo de funcionarios delegados del rey y la tecnificación de los procedimientos, y la paulatina desaparición de las formas de intervención popular y de publicidad de las actuaciones.

B) *El Derecho anglosajón*

En Inglaterra los antecedentes del jurado se remontan a tiempos anteriores a la conquista normanda (siglo XI) y posteriormente fue consolidándose como uno de los pilares de la administración de justicia del *common law*⁸, abarcando causas civiles y penales, y apareciendo como la manifestación práctica de las ideas —explicitadas en la Carta Magna— como una de las más importantes garantías de los individuos contra

⁷ MOMMSEN, *Compendio del Derecho Público Romano* cit.

⁸ JAUREGUI, Carlos, *Generalidades y peculiaridades del sistema legal inglés*, Depalma, Buenos Aires, 1990, p. 72. Señala el autor: "Según la ley inglesa de jurados, el *lord chancellor* es el encargado de confeccionar el panel de futuros jurados, extrayendo de este papel, en su oportunidad, los doce jurados para el juicio. Estos jurados deberán prestar el juramento de ley en estos términos: *Juro por Dios todopoderoso, que juzgaré las diferentes cuestiones vinculadas entre la Soberana Dama, la Reina, y el prisionero delante de estos estrados de la Corte, y daré un veredicto fundado en la verdad conforme a la prueba*". Así mismo, el acusado tiene derecho a recusar a los miembros del jurado, limitadamente sin causa e ilimitadamente con causa.

el poder real y sus jueces, lo que así mismo se refleja en las diversas obras sobre el tema. La idea de que toda sanción debe surgir como consecuencia *del juicio legal de los pares* se consolida como la base del sistema y, al contrario de lo acontecido en la mayor parte de los países de la Europa continental, marca una estricta e infranqueable limitación al poder monárquico, definiéndose en consecuencia el instituto del jurado como una garantía del individuo frente al ejercicio judicial de la autoridad.

El jurado inglés pasó a las por entonces colonias norteamericanas y se asentó firmemente dentro de sus tradiciones institucionales, adquiriendo luego de la revolución e independencia jerarquía constitucional (Enmienda VI: "En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho de ser juzgado rápidamente y en público por un jurado imparcial del distrito y Estado en que el delito se haya cometido"), y luego un amplio y firme desarrollo. Dentro del Derecho norteamericano el instituto ha tenido diferente regulación en los diversos Estados y en el orden federal, pero como línea predominante cabe distinguir entre el *gran jurado*, cuya función era la de garantizar la seriedad y procedencia de la acusación⁹, y el pequeño jurado o jurado propiamente dicho, que se entiende como una garantía constitucional y como un requisito inherente a la noción de debido proceso¹⁰. Este cuerpo es el que luego de la audiencia de debate, en deliberación secreta y sin la presencia de ningún funcionario, con amplia discrecionalidad, resuelve sobre la culpabilidad o inocencia del acusado.

⁹ CARRIO, Alejandro, *El enjuiciamiento penal en la Argentina y en los Estados Unidos*, Eudeba, Buenos Aires, 1990. En p. 46 el autor analiza el instituto, tomado del Derecho inglés y cuya función sintetiza diciendo: "Era la de autorizar la acusación penal contra un individuo, la cual no podía ser instituida sin el consentimiento de un grupo de ciudadanos elegidos entre la comunidad a la que aquél pertenecía. Para ello, esos ciudadanos debían analizar la prueba reunida, a fin de determinar si había razones para suponer que se había cometido un delito".

¹⁰ "Duncan c/Louisiana", 1968, y "Burch c/Louisiana", 1979.

C) *El modelo francés y el desarrollo en los países de la Europa continental*

Para los revolucionarios franceses el jurado anglosajón aparecía como paradigma de las libertades públicas y se les presentaba como lo diametralmente opuesto al régimen antiguo de la monarquía absoluta y de los jueces delegados del rey, por lo que el instituto, tanto en lo que refiere al jurado de acusación como de veredicto definitivo, aparece consagrado en la Ordenanza de 1791¹¹.

Pero en el sistema que comienza a desarrollarse dentro de Francia y que luego influiría sobre otros países, la formación de los cuerpos jurisdiccionales fue de índole mixta, es decir, colegios integrados por jueces técnicos permanentes y jurados populares accidentales. Es de advertir que por esa época se da un intenso debate en torno al ordenamiento penal en general y el enjuiciamiento en particular, siendo un punto de plena polémica el relativo a los jurados populares. El Código de 1808 suprimió el jurado de acusación, pero mantuvo el de juicio, por entenderse que, a más de las razones políticas —caras al pensamiento revolucionario de la época—, resultaba indispensable en un sistema de debate oral y público y, fundamentalmente, por las necesidades de una apreciación probatoria inmediata y una consecuente valoración por completo alejada del régimen de la tasación y sólo guiada por la íntima convicción.

Respecto de la integración mixta, la organización judicial francesa posterior al *Code d'instruction criminelle* preveía las *Cortes de assises*, formadas por jueces permanentes y accidentales, bajo la presidencia de uno de carácter técnico con funciones directivas. La idea se centraba en la distinción entre cuestiones de hecho, sobre las que decidían los legos, y de derecho, a cargo de los juristas. Esto responde a lo que se

¹¹ Al respecto: MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, Del Puerto, Buenos Aires, 1996, t. I, ps. 342 y ss.

conoce también como el *escabinado o modelo escabinado*¹², lo que por regla, con diversas conformaciones, aparece en casi todas las reformas modernizadoras de los países europeos durante el siglo XIX¹³, lo que se mantiene y profundiza en nuestra centuria con posterioridad a la derrota de los regímenes totalitarios. En el caso de Alemania, el sistema escabinado reconoce antiguos orígenes y en la actualidad su conformación y competencia corresponde al juzgamiento según competencia en orden a la gravedad de las infracciones imputadas¹⁴.

D) *La cuestión en España*

El caso de España ofrece particular interés por la influencia y vinculaciones de su legislación y doctrina respecto de los países latinoamericanos, y también porque una cercana discusión en torno al juicio ante jurados ofrece un panorama de argumentos y circunstancias de notoria pertinencia para nuestro medio.

El tema ingresa en la península, al menos en su concepción moderna, con la invasión napoleónica y con los sucesos que le siguieron, los que al margen de las particularidades históricas significó la disolución del antiguo régimen absolutista y la irrupción de ideas que buscaban una completa reforma política. Aparece perfectamente perfilado en sus adhesiones y rechazos, en sus momentos de florecimiento y de debilidad, con las ideas y situaciones políticas de índole liberal y autoritaria¹⁵. En tal aspecto, tanto desde la teoría política como jurídica, se ha relacionado el instituto del jurado popular con

¹² Sobre los antecedentes de este modelo: CAVALLERO, Ricardo J. y HENDLER, Edmundo, *Justicia y participación*, Universidad, Buenos Aires, 1988, ps. 119 y ss.

¹³ Sobre el funcionamiento de la Corte de Assises en el procedimiento italiano: LEONE, Giovanni, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1963, t. II, ps. 411 y ss.

¹⁴ MAIER, Julio B. J., *La ordenanza procesal penal alemana*, Depalma, Buenos Aires, 1978, t. I, p. 118.

¹⁵ DAVO ESCRIBA, Francisco, *El tribunal del jurado*, Colex, Madrid, 1988.

una salvaguarda de la libertad civil y como una garantía contra el poder arbitrario.

El Estatuto de Bayona (1808) establecía que el juicio criminal sería público y con intervención de jurados. La Constitución de 1812 (Cortes de Cádiz) sancionó lo que se entendió como una recomendación (art. 307), en el sentido de propiciar el establecimiento de un jurado lego para las cuestiones de hecho, lo que no llegó a concretarse. En 1820 la cuestión volvió a ser centro de arduas discusiones en torno a los denominados delitos de imprenta, manteniéndose luego en diversos proyectos que no alcanzaron a materializarse legislativamente. La ley de 1888 estableció en una extensa y minuciosa regulación lo atinente al jurado, al que se le encomendaba una declaración de culpabilidad¹⁶, lo que dio lugar a diversas confusiones y discusiones doctrinarias. Sucesivas reformas fueron limitando el ámbito de aplicación, para ser definitivamente derogada en 1936. La regulación originaria preveía el funcionamiento del instituto para delitos graves, estando formado el cuerpo por doce integrantes que dictaban el veredicto respondiendo a concretas preguntas formuladas por el juez técnico, pasando luego el caso –en supuesto de decisión inculpatoria– al tribunal técnico formado por tres jueces profesionales.

En el período posfranquista la discusión volvió a instalarse vigorosamente, y finalmente el artículo 125 de la Constitución de 1978 estableció que “los ciudadanos podrán ejercer la acción popular y participar en la administración de justicia mediante la institución del jurado, en la forma y con respecto a aquellos procesos penales que la ley determine, así como en los tribunales consuetudinarios y tradicionales”.

¹⁶ Decía el art. 2º de la ley de 1888: “Los jurados declararán la culpabilidad o inculpabilidad de los procesados respecto de los hechos que en concepto de delito les atribuya la acusación, y la concurrencia o no de los demás hechos circunstanciales que sean modificativos absoluta o parcialmente de la penalidad”.

Sin embargo, debieron pasar largos años para que la disposición se instrumentase legislativamente. Varios factores actuaron motivando esta demora; algunos de ellos referían a que se entendía que el instituto resultaba coherente con una modificación amplia e integral de la administración de justicia ligada –aun en el actual período democrático– a concepciones decimonónicas, las que no pudieron ser superadas mediante reformas parciales y coyunturales. Al respecto, es de advertir que el texto constitucional dirige un mandato claro hacia la implementación de un modelo acusatorio, hablando de la acción popular y de la participación ciudadana en la justicia, lo que obviamente exige cambios radicales. Igualmente, la discusión en torno a cuál tipo de jurado era el preferible, si el de índole popular o el escabinado, y sobre el ámbito de su competencia, se reflejó en diversos congresos y trabajos¹⁷.

Finalmente, la Ley Orgánica 5 del 22 de mayo de 1995 reguló la cuestión¹⁸.

En la “Exposición de motivos” se alude al mandato constitucional, destacándose la constante histórica de que cada período de libertad ha significado la consagración del instituto, mencionándose los antecedentes de las Constituciones de 1812, 1837, 1869 y 1931 y, en sentido contrario, “cada época de retroceso de las libertades públicas ha eliminado o restringido considerablemente ese instrumento de participación ciudadana, en paralelo y como complemento a las restricciones del conjunto de sus derechos y de los instrumentos de participación en los asuntos públicos”. Por ello se valora al jurado como un instrumento profundamente arraigado dentro de las concepciones liberales. Por otra parte, las cam-

¹⁷ GIMENO SENDRA, CREMANDES, CUESTA, XIOL RIOS, SALELLAS, BERISTAIN y otros, *El jurado sí: ¿pero cómo y cuándo?*, Consejo General del Poder Judicial, Barcelona, 1992.

¹⁸ Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995.

biantes alternativas de la evolución histórica española significaron que la cuestión haya sido centro de encendidos debates y que se formularan todo tipo de críticas, lo que implicó una verdadera depuración de las ideas al respecto.

En lo que atañe a la naturaleza política de esta forma de participación popular, se relaciona al jurado con el derecho subjetivo de los ciudadanos de participar en los asuntos públicos, perteneciente a la esfera del *status activæ civitatis*, cuyo ejercicio no se lleva a cabo mediante formas o métodos representativos, sino que se concreta como modos directos. *De ahí —se dice— que deba descartarse el carácter representativo de la institución y deba reconocerse exclusivamente su carácter participativo y directo.* En este orden de ideas, se señala que la ley parte de la concepción de que dentro del Estado democrático la regla es la participación del ciudadano en los asuntos públicos y que no hay razón alguna para hacer una excepción en lo que toca a la administración de justicia. Y esto lleva a conectar la cuestión con la urgente necesidad de reformar el aparato de justicia, cuya crisis ha sido señalada por los propios organismos judiciales.

Luego de las referidas consideraciones generales (en las que me he detenido no sólo por reflejar de la manera más fiel posible el discurso justificante de la reforma, sino por su notoria relevancia respecto a nuestra situación) se pasa al análisis de las particularidades de la regulación. En tal aspecto, se declara la opción hacia un gradualismo que permita la asimilación progresiva del instituto, reservándolo para aquellas figuras delictivas que permitan, por sus características, un juzgamiento apropiado de los legos.

Respecto a la capacidad requerida para integrar el cuerpo, se exigen los atributos que habilitan para el ejercicio pleno de los derechos cívicos, excluyéndose criterios elitistas. El cuerpo se integra por nueve jurados y un magistrado que lo preside.

E) *El instituto en Latinoamérica*

Al trasladar la España absolutista sus instituciones al territorio americano conquistado, sentó firmemente las bases del sistema inquisitivo, el que arraigó con fuerza en los que luego serían los diferentes países independientes, manteniéndose una influencia que ha perdurado hasta nuestros días.

En líneas generales, los procedimientos penales latinoamericanos se organizaron respondiendo puntualmente a añejos modelos inquisitivos, cuyas características más notorias fueron la enorme preponderancia de la etapa investigativa, a cargo de jueces de instrucción que, en muchos casos, eran también los que dictaban sentencia. Tales procedimientos se asentaban sobre registros escritos y se concretaban a través de un desarrollo discontinuo y prolongado, donde las muchas medidas cautelares de índole personal convertían a la prisión preventiva en regla, generando el conocido fenómeno del "preso sin condena".

La administración de justicia se disciplinó siempre como un apéndice del poder real, ejercido por el Ejecutivo. Si bien las constituciones liberales sentaban el principio de división de poderes, es sabido que la distinción fue de índole formal y, a lo sumo, funcional, pero que la verdadera autoridad —en muchas ocasiones y durante largos períodos, de neta índole dictatorial— descansaba sobre los jefes de Estado que, además, eran quienes seleccionaban y proponían a los magistrados, haciéndolo por lo común más por razones de afinidades personales y familiares y por intereses políticos partidarios que por motivos de idoneidad y buen desempeño.

La cuestión de la conformación del Poder Judicial en los países latinoamericanos y el señalamiento de sus defectos más notorios, cuales son la dependencia hacia el poder dominante y su adhesión más o menos clara a ideologías conservadoras, su actitud corporativa y su desempeño burocrático, su historia de legitimación hacia los golpes de Estado

y su oposición hacia reformas modernizadoras, ha sido objeto de estudios y señalamientos en los últimos tiempos¹⁹, advirtiéndose que gran parte de los males del sistema derivan de las deficiencias de sus operadores.

Sin embargo, en los albores de la independencia las ideas juradistas estaban en las concepciones de los hombres que sustentaban las nuevas ideas de libertad y modernidad, ya que entendían esta institución como una de las fundamentales condiciones para la reforma política en general y judicial en particular. En este sentido cobra especial significación la Constitución Federal de los Estados Unidos de Venezuela de 1811, la que en su artículo 117 mandaba que “todos los juicios criminales ordinarios [...] se terminarán por jurados luego que se establezca en Venezuela este sistema de legislación criminal cuya actuación se hará en la misma provincia en que se hubiere cometido el delito...”, precepto que fue luego tomado casi textualmente por nuestra Constitución y que deriva directamente de los antecedentes norteamericanos.

Estas ideas no pudieron, no obstante, vencer la fuerza de una resistencia tradicional y los muchos retrocesos autoritarios que diluyeron la primera euforia de las concepciones liberales convirtieron la administración de justicia en un sector del poder político, desechando o limitando los esbozos de intervención y participación popular. Dentro de este panorama

¹⁹ Al respecto, es de utilidad la consulta de: BERGALLI, Roberto, *Estado democrático y cuestión judicial*, Depalma, Buenos Aires, 1984; ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *La independencia del Poder Judicial en su marco histórico*, en *El sistema penal argentino*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992; BINDER, Alberto, *Perspectivas de la reforma procesal penal en América*, en *Revista de Ciencias Jurídicas*, Centro de Investigación y Capacitación, Proyecto de Reforma Judicial, San Salvador, 1992; Memoria de la Conferencia Iberoamericana sobre Reforma de la Justicia Penal, San Salvador, 1991; GARRIDO, Carlos Manuel; GIRALDO, Angel Jaime; RIVERSA, Cira Tirza; PEREZ PEROMO, Rogelio; PEÑA GONZALEZ, Carlos; SOBERANES, José Luis y ZOLEZZI, Lorenzo, *Situación y políticas judiciales en América Latina*, en *Cuadernos de Análisis Jurídicos*, Santiago, 1993.

no cuesta comprender que se haya dado, como característica general, una inexistencia histórica de la institución del jurado popular y una fuerte oposición teórica hacia la misma, al extremo de que los más importantes proyectos de reforma hayan sido obligadamente tímidos respecto a la incorporación de la mencionada institución, tendencia que sólo en los últimos tiempos comienza a ser superada.

Incluso en casos en los que han aparecido regulaciones que preveían la intervención de jurados para ciertas causas, ello ocurrió de modo excepcional e incluso con distorsiones de tal naturaleza que quitaban a la institución su sentido. No obstante ello y al igual que lo que acontece dentro de nuestro país, en los últimos proyectos y logros modificatorios se advierten tendencias debidamente fundadas hacia la implementación.

En este sentido, merece especial consideración el caso de El Salvador. Como es sabido, este país, luego de los acuerdos de paz que pusieron fin a una larga y cruenta guerra, inició una serie de profundas reformas políticas y judiciales, acompañadas de una intensa tarea de discusión y contándose con el aporte de consultores internacionales. En lo que atañe a nuestra materia, el Proyecto de Código Procesal Penal, presentado en 1994, a más de una reforma integral del enjuiciamiento penal (como la ocurrida en Guatemala), previó el funcionamiento de un tribunal de jurados, sobre lo que ya existían antecedentes en el país, pero de una manera totalmente desnaturalizadora de su papel.

El Proyecto propone el "juicio por jurados", estableciendo el artículo 361 que se integrará con un total de nueve personas sorteadas de la nómina del Registro Electoral. Se prevé la excusación y recusación por los mismos motivos que para los jueces y una audiencia de selección a cargo de las partes. Una vez integrado el jurado sus componentes designarán un presidente. El juez les explicará la importancia del acto y

les tomará juramento²⁰, asistiendo a continuación a la “vista pública”, conducida por un juez. Los jurados podrán interrogar directamente a los testigos, peritos y al imputado y solicitar aclaraciones a las partes. Finalizado el debate, el juez instruirá al jurado sobre los puntos a decidir, lo que harán en sesión secreta. El veredicto de culpabilidad requerirá del voto afirmativo de por los menos seis de los nueve jurados.

En lo que concierne al Brasil, el jurado aparece perfilado desde la época del Imperio²¹. La Constitución de 1824 lo regula dentro de las disposiciones relativas al poder judicial, otorgándole competencia para todos los casos de infracciones penales y para algunos supuestos civiles. La legislación de 1830 determina un jurado de enjuiciamiento y otro de juzgamiento propiamente dicho, lo que a su vez aparece consagrado en el Código Procesal Criminal del Imperio, de 1830, obra del senador Alves Branco. En 1842 se elimina el jurado de acusación y una década después se restringe la competencia, eliminándose determinados delitos, los que vuelven a ser materia de este juzgamiento en 1871.

Establecida la República y dictada la Constitución de 1891 el instituto es mantenido y entendido como una de las garantías de las libertades individuales. Al respecto debe acotarse que en esa oportunidad se produjeron importantes discusiones en torno al mantenimiento del jurado y los límites de su competencia y formas de actuación, las que con diversas alternativas se mantienen por años. En 1934 se inicia un proceso de limitación y decadencia del instituto, el que es

²⁰ “¿Prometéis bajo vuestra palabra de honor examinar con la atención más escrupulosa los cargos que deben formularse contra el imputado; no traicionar los intereses del acusado ni los de la sociedad que lo acusa; no consultar con persona alguna la resolución que hayáis de pronunciar; no dejaros llevar por el odio, por la antipatía, por la malevolencia, por el temor ni por el afecto; decidir según los cargos y medios de defensa, siguiendo vuestra conciencia e íntima convicción, con la imparcialidad y firmeza que conviene a un hombre probo y libre?” (art. 365).

²¹ TUBENCHLAK, James, *Tribunal do júri*, Forense, Rio de Janeiro, 1991.

eliminado de los preceptos constitucionales que lo ubicaban dentro del Poder Judicial y, posteriormente, prácticamente abolido.

La Constitución de 1946, luego de la dictadura de Getulio Vargas, restableció la soberanía de los veredictos del jurado y su ubicación como una de las garantías judiciales²², sancionándose dos años después la ley que reglamenta el instituto, incorporándolo al Código Procesal Penal. La actual Constitución lo mantiene, asegurando que el juzgamiento ante este tribunal asegure la defensa y la soberanía de sus decisiones.

La competencia del tribunal del jurado brasileño está referida al juzgamiento de delitos dolosos contra la vida (homicidio, participación en suicidio, infanticidio y aborto)²³.

De todas formas, y a pesar de intentos más o menos vigorosos para propiciar el instituto, es notorio que el mismo no ha tenido un arraigo firme dentro de Latinoamérica; incluso las experiencias consideradas difieren de las líneas que han caracterizado al jurado popular en el Derecho anglosajón y también de las configuradas por el régimen escabinado.

En orden de buscar explicaciones a estas carencias y a más de las anteriormente apuntadas, podemos reflexionar sobre los modos en que se desarrolló nuestra historia institucional, advirtiendo la fuerza de la denominada "cultura inquisitiva" y la carencia de tradiciones firmes de auténtica intervención popular y de formas de organización comunales dentro de las cuales lo atinente a la justicia se entendiese no como una ajenidad oficial sino como una pertenencia popular.

²² MARQUES, José Frederico, *A instituição do Júri*, Saraiva, São Paulo, 1963.

²³ Respecto del trámite ante el tribunal de jurado puede consultarse: PIERANGELI, José Enrique, *O julgamento pelo júri*, en *Escritos jurídico-penais*, en *Revista do tribunaís*, São Paulo, 1992.

3. El jurado en el constitucionalismo argentino

Los antecedentes sobre la institución y funcionamiento del jurado, especialmente en su manifestación anglosajona, fueron de notoria influencia sobre el pensamiento de los hombres que independizaron nuestro país de la dominación del absolutismo español y que posteriormente forjaron la unión nacional sobre las bases de la Constitución.

Frente a la configuración del proceso inquisitivo implantado por España en sus colonias, el pensamiento liberal argentino apostó a la institución del jurado popular, el que aparece desde tempranos días. A dos años de la Revolución de Mayo y en el primer proyecto constitucional surge claramente delimitado el juicio público ante jurados, idea que se mantiene en los posteriores proyectos (Constituciones de 1819 y 1826), para quedar consagrado finalmente en el texto constitucional de 1853, mantenido en las diversas reformas (con excepción de la de 1949) y ratificado en la última de 1994, donde quedó expresamente mantenido al definirse las condiciones de las modificaciones a llevarse a cabo por la convención, por lo que el viejo —y notoriamente incorrecto— argumento de un presunto desuetudo ha quedado sin ninguna validez.

Al hablar del paradigma constitucional y del modelo de proceso penal que surge de la letra y espíritu de nuestro texto básico, nos detuvimos en la significación que dentro del esquema de poder adquiere la institución del jurado como forma de intervención popular directa y como exigencia de modos realizativos orales y públicos de índole acusatoria y en un todo opuestos a los procedimientos heredados de la colonia hispánica²⁴.

La idea del jurado como garantía de un pronunciamiento justo tiene que ver con el papel desempeñado por el instituto

²⁴ VAZQUEZ ROSSI, *Derecho Procesal Penal* cit., t. I, Cap. VI.

en diversas configuraciones históricas dentro de las que aparece como una limitación infranqueable del poder real y de sus delegados judiciales, que no podían ejercer facultades punitivas ni dispositivas de bienes sin la previa decisión o veredicto de ese cuerpo decisor. En este aspecto, frente a una sociedad estamental, con una organización vertical y jerárquica del poder, el encontrarse sometido únicamente a la decisión de los pares e iguales, se presentaba como una condición de ecuanimidad, imparcialidad, independencia y como un impedimento a los habituales atropellos, abusos y arbitrariedades de los poderosos.

Paralelamente y ya dentro de configuraciones sociales igualitarias, el jurado popular representó la manifestación por excelencia de una intervención comanditaria directa en los más graves asuntos, cuya resolución, más allá de ser encuadrados por un juez técnico, surgía del sentimiento y conocimiento de esos integrantes (los doce vecinos) de un pueblo que era, en definitiva, el intérprete de la "ley de la tierra".

Todo esto repercute en la valoración que se hace del instituto dentro de un pensamiento libertario, opuesto a las formas judiciales del absolutismo y sus versiones vernáculas de caudillos todopoderosos, por lo que no extraña que la voluntad de adoptar el instituto aparezca desde los albores de nuestra nacionalidad, como ocurre con los proyectos preparados para la Asamblea General Constituyente de 1813, idea que se mantiene ininterrumpidamente en los diferentes y sucesivos proyectos de ley fundamental²⁵, todo lo cual lleva con plena coherencia a la redacción del artículo 24 de la Constitución de

²⁵ Los antecedentes hablan invariablemente de la implantación del juicio por jurados. El Proyecto de 1812 señala textualmente: "Los jueces en lo criminal aplicarán la ley después que los ciudadanos hayan sido declarados culpables por sus iguales". El Proyecto de la Sociedad Patriótica establece: "El juicio criminal se establecerá por jurados", lo que se mantiene en el proyecto de 1819 y en el de 1826, siendo de destacar que en todos estos casos se daba una notable coincidencia en el pensamiento de quienes intervenían en los debates.

1853 que manda la reforma integral de toda la legislación de la época y *el establecimiento del juicio por jurados*. Así mismo, la ubicación de la norma dentro de las declaraciones, derechos y garantías, permite afirmar que en el propósito de los constituyentes se encontraba “la valoración del jurado como mecanismo garantizador de la libertad”²⁶, lo que aparece refrendado como mandato expreso en las restantes disposiciones del artículo 67, inciso 11, y 102, hoy mantenidas (luego de la reforma de 1994) a través de los artículos 75, inciso 12, y 118.

Es un dato cierto que la opción que hace el Constituyente hacia un enjuiciamiento con jurados significa una elección deliberada hacia un determinado tipo de procedimiento garantizador y participativo, en el que la decisión en orden a la responsabilidad penal del enjuiciado corresponde en primer lugar a miembros de la comunidad, lo que no sólo significa otorgar fundamentalmente el poder jurisdiccional a personas comunes, sino también dotar a la materia penal de características participativas en la intervención decisoria y en la comprensión y vigencia de esas leyes que regulan la convivencia. Como señala Maier, la Constitución entendió como una garantía de toda persona sometida a proceso, la de que el juicio “de aprobación o desaprobación de nuestros conciudadanos presidirá el fallo penal, esto es, abrirá o cerrará las puertas para la aplicación del Derecho Penal, para el ejercicio conforme a derecho, del poder penal estatal”²⁷.

El señalado aspecto resulta de especial importancia para entender el sentido del instituto, ya que de ningún modo aparece como opuesto a una perspectiva técnica del Derecho Penal (que deberá encuadrar y analizar el juez profesional), sino como una valla o condición imprescindible para esa aplicación. Sólo si el jurado es convencido a través de lo acontecido

²⁶ CAVALLERO y HENDLER, *Justicia y participación* cit., p. 45.

²⁷ MAIER, *Derecho Procesal Penal* cit., t. I, p. 778.

en la audiencia del debate, sólo si los argumentos del órgano acusatorio que postula la autoría culpable del enjuiciado y presenta las acreditaciones pertinentes logran demostrar no sólo la existencia del hecho y la consecuente responsabilidad, sino también la necesidad de la pena, se abrirá la puerta para la actuación del juez técnico que integrará lo resuelto por el veredicto con la articulación razonada de la sentencia fundada en el Derecho vigente.

Desde el punto de vista político e institucional y desde el relativo a la aplicación del Derecho, el jurado es un modo efectivo de trascender el distanciamiento entre población y el aparato de justicia; esa "ajenidad" del conflicto penal que, en considerable medida, es una de las causas de la crisis del sistema²⁸. Al respecto, debe advertirse que dentro del diseño constitucional del poder, el Judicial (al margen de las reformas en orden al Consejo de la Magistratura), aparecía como el único que no surgía de la legitimación democrática del sufragio popular, pero al lado del máximo tribunal técnico y los demás órganos jurisdiccionales oficiales inferiores, se preveía de modo expreso la intervención del jurado popular en una manifestación de injerencia ciudadana directa que equilibraba la cuestión.

Del mismo modo, la presencia del jurado que, por definición, no es un organismo compuesto por funcionarios permanentes, enrolados dentro de una carrera judicial, evita la repetición burocrática: así como para el justiciable el acto de juzgamiento es único, igualmente lo es para quienes atienden su caso, convertido así verdaderamente en un acontecimiento

²⁸ Dice Maier (*Derecho Procesal Penal* cit., p. 787): "El jurado, políticamente, no es otra cosa que la exigencia para los funcionarios permanentes que tienen en sus manos la aplicación del poder penal del Estado, de lograr, para tornar posible la coerción estatal (la pena), máxima herramienta coactiva del Estado de Derecho, la aquiescencia de un número de ciudadanos mínimo, que simboliza de la mejor manera posible —en nuestra sociedad de masas— política y no estadísticamente, la opinión popular".

de plena importancia. En el mismo sentido, el jurado nada le debe a nadie ni espera beneficios de su actuación, aunque más no fueren en relación a ascensos, prestigio o vinculaciones de poder, por lo que la independencia aparece mucho más neta que en el supuesto de los jueces técnicos profesionales quienes, por otra parte, tienen muchas más razones para sentir influencias en casos de amplia repercusión.

Y en lo que atañe a la imparcialidad, los métodos de selección y recusación de los integrantes del jurado existentes dentro del Derecho Comparado, ofrecen suficientes garantías para el logro posible de la mejor ecuanimidad. Ante todos estos argumentos, cuesta comprender las razones de la cerril oposición de constitucionalistas y procesalistas hacia el instituto que, dentro de una perspectiva histórica, puede valorarse más como una actitud emotiva profundamente antidemocrática que como una razonada argumentación que, en muchos casos, puede calificarse en los mejores supuestos como sofisticada y en otros directamente como pueril.

Un punto sobre el que puede ser importante reflexionar es el relativo a la creciente tecnificación, especificidad y proliferación de la materia penal. Lo señalado comprende varios aspectos: por un lado, el desarrollo de una compleja teoría del delito y de una consecuente dirección interpretativa, conocida como dogmática, generada dentro del pensamiento alemán y de amplia influencia y prestigio en los medios académicos españoles y latinoamericanos, ha convertido a los estudios sobre el Derecho punitivo en una de las zonas de mayor rigor intelectual dentro del campo de lo jurídico y, como todo saber específico, su cabal comprensión exige años de estudios especializados que, notoriamente, están al margen de las posibilidades de quien no se dedica profesionalmente al tema; por otro lado, la cantidad de disposiciones a las que el legislador acude con la abstracta amenaza de pena para lograr efectos disuasivos, llevado por exigencias coyunturales, hace

que la cuestión exceda ampliamente lo que podríamos denominar como criterios de sentido común respecto de una acción valorada como delictiva.

Lo antedicho ha sido esgrimido como un argumento de peso en contra de la institución del jurado lego, ciertamente más ligado a sistemas ampliativos menos sofisticados que los actuales, más simples y reducidos, y también mayormente vinculados a modos consuetudinarios del desarrollo jurídico. También se ha señalado que, en sus mejores expresiones, la dogmática jurídico-penal aparece como una construcción de índole garantista, cuya principal finalidad es brindar objetividad, racionalidad y previsibilidad a las decisiones jurisdiccionales de índole punitiva.

Ahora bien: el precedente argumento ha sido respondido tradicionalmente con la distinción entre cuestiones de hecho, materia de la actividad probatoria de las partes y a cargo de la decisión lego, y cuestiones de derecho, encuadradas tanto en los aspectos de procedimiento como de fondo por el juez técnico. Sin desconocer que esa diferencia actitudinal y funcional se da en la intervención directiva del juez técnico que conduce el debate y en la posterior formulación de una sentencia fundada, puede pensarse que la diferencia no es tan tajante. A ello alude Maier cuando afirma que “una separación estricta entre hechos y derecho en la decisión judicial es imposible”, ya que siempre se parte de una visión integrada de lo fáctico y lo normativo²⁹, de una determinada configuración real mentada por el derecho, lo que en definitiva constituye la configuración de lo jurídico. De acuerdo con ello, no se necesita ser abogado para entender qué es un homicidio o un robo o una estafa. Si podemos racionalmente reprochar y aplicar pena a una persona por haber incurrido en una acción u omisión punible, sin exigir para tal reproche condiciones de conocimiento particular, y si la doctrina clásica se

²⁹ MAIER, ob. cit., p. 789.

ha negado desde siempre a excusar el error de derecho, bien podemos pensar que personas comunes pueden decidir si se está en presencia de una de esas conductas reprochables. Es decir: de lo que se trata es de determinar si según los elementos que llevan a la común apreciación de una conducta, la misma es reputada como realmente acontecida y reprochable.

De tal modo, el jurado parecería como una suerte de tamiz, compuesto por gente con un sentir no profesional ni especializado sobre la materia, a través del cual debe, necesariamente, pasarse para la aplicación al caso del Derecho Penal.

La apuntada cuestión relativa a la decisión sobre los hechos y el derecho ha sido también históricamente resuelta a través de la conformación de jurados mixtos que, a diferencia del modelo anglosajón, se integran conjuntamente con jueces técnicos y legos, conformando lo que se conoce como *jurado escabinado o de escabinos*³⁰. Y también, como *Cortes de Assises*, a lo que ya hemos hecho referencia al hablar del panorama del Derecho Comparado, variando en los diferentes países europeos que adoptaron este modelo los antecedentes propios y la conformación de los cuerpos, pero presentando en todos los casos el rasgo común de la conformación plural y colegiada de miembros letrados y legos, profesionales y accidentales, lo que, más allá de aciertos y errores, pareciera en definitiva desnaturalizar el sentido del instituto, convirtiendo la intervención popular en una presencia subordinada hacia los técnicos y, por ende, en una cuestión puramente retórica y formal.

Igualmente registra amplias variaciones dentro del Derecho Comparado lo relativo a las condiciones de deliberación y de toma de decisión, todo lo cual aparece notoriamente

³⁰ Sobre los antecedentes del instituto, ver CABALLERO y HENDLER, ob. cit., ps. 119 y ss., y las fuentes que citan.

ausente de nuestra doctrina, que sólo en los últimos años ha asumido el estudio de un tema que, desde todo punto de vista, aparece como pendiente.

Al hablar de la evolución legislativa sobre la materia procesal penal en la Argentina³¹, señalamos que luego de la desestimación del Proyecto González-De La Plaza, se optó por la sanción del Código Obarrio que abrevó en fuentes diametralmente opuestas a las del modelo constitucional, y de modo expreso y deliberado abandona el sistema de enjuiciamiento ante jurados. Desde entonces, la notoria omisión legislativa en el cumplimiento del mandato de la Constitución en el sentido de implementar la institución del jurado para el juzgamiento de las causas criminales se mantiene hasta nuestros días, aunque existieron diversos proyectos³² que carecieron del debido tratamiento y no fueron sancionados.

A la referida omisión legislativa se unió una notoria oposición de la doctrina, que en muchos casos evidenció desconocimiento de la cuestión y notorio desinterés, lo que se advierte sin esfuerzo consultando la hasta hace pocos años magra bibliografía pertinente. Pero la cuestión fue más allá, apareciendo en diversos autores argumentaciones que, a más de los habituales reparos hacia la idoneidad del instituto para la correcta resolución de causas penales (lo que sin duda

³¹ VAZQUEZ ROSSI, ob. cit., t. I, Cap. IV.

³² Cavallero y Hendler (ob. cit., p. 60) enumeran el del ministro de la Corte, Dr. José Domínguez, en 1883; el del Ministro de Justicia, Eduardo Wilde, 1886; el de Carlos Rodríguez Larreta, Rafael Herrera Vegas, Federico Iburguren y Carlos Octavio Bunge, limitado a delitos de calumnias e injurias, de 1885; el de Julián Aguirre de 1910; el de Tomás Jofré, de 1919; el del senador socialista Enrique del Valle Iberlucea, de 1920, y reiterado ante Diputados en 1932, precedido de una extensa y fundada exposición; el de José Albarracín Godoy para la Provincia de Mendoza, en 1937; el de Natalio Carvajal Palacios, 1953; el de los diputados Julio César Corzo y Carlos Romero, en 1988 y, adoptando el sistema escabinado, el Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación y el correlativo Proyecto de ley orgánica, del Poder Ejecutivo, de 1987.

resulta tema opinable)³³, pretendían desconocer lo expreso y claro del mandato constitucional. Y lo peor es que, en muchos casos, esa actitud provenía del pensamiento de constitucionalistas, lo que por otra parte no puede sorprendernos, ya que ensayaron las más delirantes teorías para justificar las inadmisibles fracturas del orden constitucional.

Se ha hablado de que se trataba de normas “meramente programáticas”, “imperfectas”, de simples recomendaciones o aspiraciones indeterminadas y que las mismas habían sido, de hecho y por el paso del tiempo (desuetudo) derogadas³⁴. Durante largos años nuestra doctrina silenció el tema del jurado y, cuando lo trató, fue de modo tangencial, hostil y simplista, haciendo piruetas argumentales para desconocer la expresa normativa que lo disponía.

Una semejante actitud caracterizó a la doctrina judicial. En las pocas ocasiones en que fueron planteados reclamos respecto al derecho del enjuiciado para ser juzgado por jurados, la respuesta fue por regla negativa. Así, la Corte entendió que las palabras del texto constitucional eran sólo una recomendación al legislador común y enunciaban ideas de índole “programática” que podrían concretarse discrecio-

³³ En la larga lista de autores que se manifiestan contrarios al instituto del jurado popular son por lo general citados los penalistas que adhieren al Positivismo y, en particular, Ferri, seguido –entre nosotros– por Juan P. Ramos; pero también desde direcciones normativistas se mantuvo la hostilidad, debiendo al respecto mencionarse a Luis Jiménez de Asúa y a Sebastián Soler. En lo básico esta posición tenía el punto común de enfatizar sobre el carácter científico del Derecho Penal y la consecuente necesidad de conocimiento especializados para su correcta aplicación, lo que se entendía incompatible con la intervención de legos en la materia. Similar actitud se mantuvo dentro del procesalismo, correspondiendo mencionar a Niceto Alcalá Zamora y Castillo, Ricardo Levene (h), Alfredo Vélez Mariconde, Jorge Clariá Olmedo, Ode-rigo y Torres Bas, al extremo de poder afirmarse que pocas décadas atrás era prácticamente imposible encontrar un solo autor de renombre que adhiriere al instituto.

³⁴ Así BIELSA, Rafael, *Derecho Constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1959, p. 755. El contraste con el pensamiento de políticos y autores más cercanos a la redacción de la Constitución e intérpretes de su espíritu, tales como Sarmiento, Mitre, Avellaneda, Manuel Quintana y Joaquín V. González, es notorio.

nalmente cuando se creyese conveniente (*Fallos*: 115:258; 208:21 y 225).

Sin embargo, en los últimos tiempos, serios planteos doctrinarios, principalmente instalados a partir de la difusión del Proyecto del doctor Julio Maier, unidos a la circunstancia fundamental de que la reforma constitucional de 1994 mantuvo en todos sus términos las disposiciones sobre el juicio por jurados, han instalado vigorosamente el tema en el centro del debate jurídico, existiendo incluso proyectos provinciales en tal sentido.

Un antecedente importante es el fallo suscripto el 3 de septiembre de 1991 por el juez doctor Luis Cevasco, quien acogió una excepción de falta de jurisdicción interpuesta por la defensa en autos "Rilo, Antonio". Luego de destacar la función republicana del poder jurisdiccional como "órgano encargado de custodiar la vigencia plena de la Constitución Nacional", de acuerdo con el mismo texto de ese estatuto fundamental y de lo dispuesto en el artículo 3º de la ley 27, pasa a analizar las disposiciones constitucionales que hacen al funcionamiento de tales instituciones republicanas. Dentro de ese propósito y habida cuenta de la omisión de la reglamentación del jurado, recuerda la distinción entre normas "programáticas" y "operativas" de la Constitución, señalando que la misma no ha servido más que para intentar justificar la secular demora en cumplir con un mandato expreso. Y destacando la circunstancia de la ubicación del artículo 24 dentro del capítulo de los derechos y garantías fundamentales, señala que el sistema de juzgamiento por jurados ante los pares es esencial como garantía de debido proceso y se manifiesta como la habilitación para la aplicación de la potestad punitiva en el caso concreto, sirviendo igualmente como culminación del sistema de frenos y contrapesos propios de la República.

Es de importancia también el argumento de que a través

de las interpretaciones que los jurados hagan de los hechos juzgados podrán irse advirtiendo los niveles de comprensión y adhesión a la ley vigente con miras a su aplicación particularizada, lo que significa que, como derivación del principio de soberanía popular, deviene esta forma de control final.

Es de esperar que, como ocurre en otros países, nuestros legisladores asuman su responsabilidad de cumplir con la Constitución y reglamenten una institución que se entiende fundamental para el debido ejercicio de la jurisdicción republicana, y cuya experiencia nos debemos los argentinos desde hace casi dos siglos.

Ponencia

En el caso de la Argentina, la reciente reforma constitucional reafirmó el mandato original, presente desde los albores históricos, en el sentido de la realización del juicio penal ante jurados. Ello implica que, más allá de las discusiones en torno al instituto, las exigencias básicas de la positividad jurídica obligan al legislador a regular sin más demoras lo atinente a su implementación y a la doctrina a analizar con seriedad la cuestión.

En lo que atañe al restante ámbito latinoamericano, varios proyectos actualmente en discusión y reformas en plan de realización hacen que el tema haya cobrado actualidad y que haya habido avances, de diferente grado y modalidad, hacia formas de participación y de intervención popular en la administración de justicia.

La institución del jurado popular debe analizarse desde convergentes perspectivas político-jurídicas generales y de regulación procesal. Es evidente que el juicio ante jurados exige procedimientos de índole netamente acusatoria, lo que por un lado otorga pleno protagonismo a las partes, acentúa la publicidad del debate y la inmediación probatoria y convierte al juicio en la

instancia absolutamente relevante. Por otra parte incide sobre el régimen recursivo y acentúa la independencia y desburocratización de los órganos jurisdiccionales.

Por último, puede pensarse que la intervención del común en la administración de justicia puede contribuir a quebrar el abismo existente entre los órganos oficiales y la sociedad, y modificar criterios aplicativos del ordenamiento penal, todo lo cual lleva a proponer lo necesario para la pronta regulación del instituto.

CAPITULO XVI

LA DEFENSA

I. La defensa como expresión genérica de los derechos del imputado

Con anterioridad se han hecho referencias a la garantía de defensa y a la situación del imputado y de su defensor como sujetos esenciales. Pero dada la importancia del tema y su incidencia en el desarrollo del proceso, toca ahora analizar de manera particularizada la cuestión.

Los diversos derechos y garantías que rodean al imputado, concebido como esencial sujeto con capacidad de parte dentro del moderno proceso penal, pueden englobarse dentro de la genérica denominación de derecho de defensa. Como se dijo al hablar de los sujetos procesales (supra, T. I, Cap. III) nos detuvimos en la figura del imputado como la central de todo el despliegue normativo e institucional y también tratamos del defensor, pero la importancia del tema exige ahora el tratamiento particularizado de las cuestiones a que se aludió.

Como fue anteriormente señalado y como he tenido ocasión de tratar extensamente en otro trabajo¹, el reconocimiento de la dignidad humana y de los consecuentes derechos de la

¹ VAZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo, *La defensa penal*, 3ª ed., Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996.

persona sometida a proceso penal fue fruto de una larga evolución histórica e ideológica, cuya culminación aún no ha llegado a su fin.

Respecto a la concreta articulación de las garantías que rodean al justiciable y cuya aplicación aparece como la primera y más importante manifestación del derecho de defensa en sentido amplio, corresponde remitirse al capítulo dedicado a las normas fundamentales.

A mayor abundamiento, es dable destacar ahora que la defensa *lato sensu* deriva en forma directa de las disposiciones y principios constitucionales y aparece como manifestación jurídica de los cánones axiológicos de libertad individual y seguridad jurídica, relacionándose en forma directa con el criterio valorativo del debido proceso, abarcando por ende la totalidad de las garantías que implican el concepto del mismo.

Así, el derecho de defensa significa el cumplimiento efectivo del principio de legalidad, lo que supone que nadie puede ser sometido a persecución penal sino por hechos en principio subsumibles dentro de las disposiciones sustantivas, y el principio del juzgamiento por el juez natural (órgano jurisdiccional imparcial e independiente, designado de acuerdo con las disposiciones constitucionales y normas orgánicas que reglamentan su competencia); así mismo, el derecho a saber los hechos que se atribuyen y a ser oído y a ofrecer y controlar prueba y a no ser obligado a presentar constancias de cargo en su propia contra, y al cumplimiento de las diferentes formalidades que conforman el proceso penal, todo dentro de plazos razonables y con posibilidad de recurrir ante instancias superiores.

Igualmente, dentro de la lógica que hace a la estructura y dinámica del proceso, la defensa aparece como contraposición a la acción ante el poder jurisdiccional. Fue Carnelutti quien insistió particularmente sobre este enfoque del proble-

ma², señalando que puede advertirse una disposición dialéctica de elementos con la acción como tesis, la defensa como antítesis y la sentencia como síntesis. En consecuencia, si se concibe el juicio como la necesaria articulación, que culmina a través de la sentencia, entre acusación y defensa, no es lógicamente concebible pensar a la una sin la otra. Así, acción y defensa aparecen como interrelacionadas en el orden del proceso y como situadas en igual rango. Claro está que lo señalado es propio de las ideas básicas y de la consecuente sistemática del proceso acusatorio, fundado sobre la actividad de las partes y la neta diferenciación de las funciones que hacen a la relación entendida como contradictorio³.

De la misma manera que la acción, la defensa se perfila procesalmente como un requerimiento de decisión. Como expresó el mismo Carnelutti, la acusación es el desarrollo racional de la pretensión penal, y su contrario, la defensa, es su razonada contestación.

La igualdad lógica, sistemática y operativa entre acusación y defensa debe concebirse como un verdadero pilar del moderno proceso, tanto en lo que hace a la noción general del mismo como con especial referencia a la materia penal.

En forma similar a la acción, la defensa es también un requerimiento de decisión jurisdiccional, una búsqueda de la tutela jurídica, derivando ambas del derecho a la jurisdicción. Desde un punto de vista procesal este derecho constitucional es, como la acción, autónomo con relación a la situación de hecho concreta determinada en el objeto de la relación pro-

² CARNELUTTI, Francesco, *Cuestiones sobre el proceso penal*, Ejea, Buenos Aires, 1961.

³ En el proceso inquisitivo lo que procesalmente se define como propio es la confusión entre acción y jurisdicción, lo que consecuentemente desdibuja la defensa. Por otra parte, en las ideas políticas que le daban sustento se partía del convencimiento de que si el imputado era culpable la defensa no sólo era improcedente, sino perjudicial para el éxito de la investigación y del castigo y, si no lo era, el tribunal valoraría tal circunstancia y, por ende, era innecesaria.

cesal. De ahí que no pueda nunca argumentarse en contra del derecho de defensa (como desgraciadamente ha sucedido con frecuencia a lo largo de la historia) invocándose aspectos de la situación de que se trate, ya por la personalidad del eventual delincuente, por el género de delito investigado o porque las circunstancias fácticas se supone que se encuentran plenamente comprobadas.

Si se concibe la acción como requerimiento de tutela jurídica, como solicitud del servicio de justicia, la defensa debe también ser entendida básicamente en similar forma. De ahí el énfasis que procesalistas como Vélez Mariconde y Clariá Olmedo han puesto en destacar las interrelaciones entre acción y defensa, ya que ambas son manifestaciones de la legalidad y racionalidad del debido proceso, apareciendo como poderes para la plena realización de la actividad integradora.

Clariá Olmedo entiende que acción y defensa son poderes sustanciales que corresponden a los titulares de los respectivos intereses comprometidos ante la jurisdicción⁴; el de defensa, deriva del reconocimiento y protección de la libertad individual y si bien refiere directamente al imputado y su situación, en su mantenimiento se encuentra interesado el propio Estado en cuanto garantizador del Derecho y centro de referencia del propio orden jurídico. Por eso, así como la decisión jurisdiccional no puede concebirse en el proceso moderno sin la acción, tampoco puede haber pronunciamiento válido en materia penal sin el requisito previo del derecho de defensa con las formas, oportunidades y solemnidades requeridas bajo sanción de nulidad por los ordenamientos pertinentes.

Desde un punto de vista general, el poder de defensa ha sido caracterizado como una facultad tendiente válidamente a impedir, contradecir, resistir y prevenir cualquier restricción injusta a la libertad individual, y al pleno ejercicio de los

⁴ CLARIA OLMEDO, ob. cit., t. I.

derechos que las personas tienen otorgados por el orden jurídico. En consecuencia, el derecho, poder o facultad de defensa puede conceptualizarse como el ejercicio de la legítima oposición a la persecución penal y como la serie de actividades tendientes a la acreditación de la inocencia o a la invocación de circunstancias que atenúen la responsabilidad del imputado, todo dentro de las reglas del debido proceso.

Precisamente, esta noción resulta clave en el tema que nos ocupa. Porque no puede haber un proceso en el sentido lógico si la acción, como instancia promotiva e impulsora, no se proyecta hacia el accionado que, por serlo, debe tener las posibilidades reales, los elementos operativos para poder contraponer y contradecir. Esto vale para todo proceso, cualquiera fuere la naturaleza sustantiva de los derechos en discusión.

De ahí que el derecho de defensa tenga una amplitud que abarca todas las situaciones en las cuales se cierne la amenaza de una sanción dentro de una institución, por lo que el tema no sólo abarca los procedimientos judiciales sino que también debe inexorablemente extenderse a los terrenos administrativos y a la vida de las sociedades y asociaciones.

Bien dice Couture que “el orden jurídico no pregunta si el demandado tiene o no buenas razones para oponerse”, importando tan sólo “dar a quien es llamado a juicio la oportunidad de hacer valer las razones que tuviere”⁵. La idea refiere a aspectos que hacen de modo estricto a la relación procesal y desde tal punto de vista esa relación dialéctica entre la facultad de acusar o demandar y la de defenderse se presenta en un paralelo de una intimidad tal que puede pensarse como la base de la estructura misma del fenómeno⁶.

⁵ COUTURE, Eduardo J., *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Ediar, Buenos Aires, 1948, t. I, p. 46.

⁶ Dice Couture (ob. cit., p. 47): “El actor acciona; al hacerlo ejerce un derecho que nadie le discute, ya que recién en la sentencia se sabrá si su reclamación es fundada. El demandado se defiende; al hacerlo ejerce un derecho que nadie le discute, ya que recién en la sentencia se sabrá si su defensa es fundada”.

Pero más profundamente puede pensarse que el derecho de defensa aparece como consustancial de la naturaleza humana (y aun de los animales, con especiales manifestaciones en los mamíferos superiores); la reacción ante la amenaza o la agresión aparece como una respuesta instintiva. El propio ordenamiento jurídico no puede menos que reconocer la juridicidad de tales actos, como ocurre, por ejemplo, en la legítima defensa de la justificante penal o en la defensa posesoria del sistema civil.

Los códigos de procedimientos administrativos consagran la facultad de conocer la imputación, ofrecer prueba y presentar descargos, lo que por lo común también aparece regulado en los estatutos de las asociaciones. Toda vez que a un organismo se le otorga alguna suerte de poder disciplinario sobre sus integrantes (amonestaciones o apercibimientos, suspensiones y expulsión) para llegar a la imposición de la sanción debe darse alguna oportunidad de descargo. Al respecto, existe una invariable doctrina judicial que reconoce la amplitud y necesidad del derecho de defensa operable en todas las situaciones como las que hemos referido y que lleva a descalificar toda sanción institucional asumida sin oportunidad de oír al interesado.

Ahora bien: si ello es necesario de modo general y amplio, mucho más lo es cuando nos encontramos ante amenazas de las más graves sanciones de que un orden jurídico dispone (que en numerosos países pueden llegar a la privación de la vida, o a la prisión perpetua o al confinamiento por largo tiempo, amén de la pérdida de prácticamente todos los derechos civiles), lo que explica que el mayor énfasis respecto al tema se haya dado dentro de las referencias a la materia penal. Pero debe quedarnos perfectamente en claro que la inviolabilidad de la defensa en juicio abarca todo proceso y, dentro del penal, corresponde en primer lugar al imputado,

pero que se extiende igualmente a los demandados civiles que pudiere haber.

Así mismo mientras en los ordenamientos que regulan relaciones dispositivas basta que quien es convocado al procedimiento de que se trate cuente con la posibilidad operativa de ser oído y de presentar sus descargos, pudiendo ocurrir que el interesado haga renuncia expresa o implícita de tal facultad, en materia penal la defensa aparece como un requisito imprescindible cuyo cumplimiento efectivo hace a la validez del proceso.

Inexorablemente, el imputado será coactivamente convocado a la causa donde de modo personal y formal se le hará conocer la atribución delictiva y su derecho a nombrar defensor de confianza y, para el supuesto de que así no lo haga, la designación de oficio. De igual modo, otros actos de defensa material, como careos con testigos o reconstrucciones del hecho, se llevarán a cabo necesariamente y aun cuando el imputado tiene la facultad de negarse a la realización concreta de ellos, tales actos tienen que ser dispuestos en los procedimientos pertinentes. Y en lo que respecta a actos de defensa técnica, la misma es obligatoria durante todo el curso de la causa, no pudiendo hacerse la audiencia de debate sin la presencia del defensor ni éste omitir las respuestas a las manifestaciones acusatorias.

Lo señalado lleva a la conclusión de que la defensa dentro del proceso penal es de carácter necesario y de cumplimiento efectivo. Incluso en la hipótesis de que el justiciable se negase a contar con defensor o a ejercer actos de defensa, la misma deberá ser llevada a cabo por un defensor de oficio, por lo que desde este punto de vista tal actividad resulta en definitiva indisponible, dados los graves intereses en juego.

La necesidad del efectivo ejercicio de actividad defensiva idónea fue puesta de manifiesto por la Corte en el caso "Rojas Molina" (*Fallos*: 189:34) de 1941. La causa se inició por el

delito de homicidio ocurrido en el por entonces Territorio Nacional de Los Andes y donde el imputado contó con un defensor designado de oficio, quien no ejerció defensa alguna ni recurrió de la sentencia condenatoria. Al respecto manifestó la Corte que de acuerdo con las constancias obrantes quedaba claramente demostrado “que se han violado reglas esenciales de procedimiento y que el acusado ha sido condenado sin ser oído, puesto que el defensor que se le designó no ha dicho una sola palabra en defensa del acusado a pesar de que éste en su declaración indagatoria ha alegado haber obrado en su legítima defensa”, lo que evidencia por parte del defensor una notoria negligencia que se aumenta por el hecho de haber consentido la sentencia condenatoria. Señala así mismo el Alto Tribunal que toda la estructura de los procedimientos vigentes lleva a la necesidad de que el acusado cuente con una *defensa efectiva*, desde la primera intervención y a lo largo de todo el proceso. Sobre el particular, el fallo recuerda la constante doctrina de que, de acuerdo con el artículo 18 de la Constitución Nacional, “la garantía consiste en la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictada por los jueces naturales” (*Fallos*: 125:10) y que no basta el mero cumplimiento de designaciones formales, sino que es preciso el cumplimiento efectivo de las diligencias pertinentes.

Sobre la base de lo expuesto pueden proponerse las siguientes características definitorias del instituto:

- 1) Se manifiesta como el derecho de toda persona sometida institucionalmente a la amenaza de una sanción legal y se concreta como la facultad de conocer la imputación, contradecirla, ser oída, controlar y ofrecer prueba e interponer recursos.
- 2) De manera amplia, comprende todas las situaciones de sanciones institucionales abarcando los procedi-

mientos dentro de sociedades, asociaciones, entes administrativos y, de modo especial, las causas judiciales.

- 3) Dentro de los procesos penales, el derecho de defensa implica el cumplimiento general y efectivo de todos los requisitos del debido proceso legal, desde el inicio mismo de las actividades investigativas y hasta su completa finalización.
- 4) De modo concreto, significa para el imputado el efectivo conocimiento de la atribución delictiva, ser oído, contar con la asistencia de un defensor técnico de confianza o de oficio, ofrecer y controlar prueba, contestar la acusación y presentar recursos y realizar todas las instancias tendientes a sus derechos e intereses.
- 5) En materia penal, la defensa es una garantía de cumplimiento efectivo, lo que significa no sólo la facultad de ejercerla sino la obligación por parte del Estado de asegurarla a través del cumplimiento efectivo y conducente de los actos correspondientes, sin cuya realización no puede arribarse a un pronunciamiento conclusivo válido.

2. Ambito normativo del derecho de defensa

Se ha indicado que el derecho de defensa es obviamente de rango constitucional, enfáticamente proclamado y con directa incidencia y aplicación procesal.

El artículo 18 de la Constitución Nacional establece que es inviolable la defensa en juicio de la persona y de los derechos, regulándose de parecida manera en las constituciones provinciales y apareciendo expresamente consagrado en los instrumentos internacionales a los que nuestro país ha adherido y a los que ha otorgado carácter de leyes supremas.

La referida norma constitucional encuentra vigorosos antecedentes en la evolución institucional desde los albores de

nuestra formación como nación y figura con palabras similares en los anteriores proyectos constitucionales elaborados en el país y reconoce la influencia del constitucionalismo norteamericano y del movimiento legislativo derivado de la Revolución Francesa, así como del sistema de ideas que les sirvió de fundamento e interpretación⁷.

De acuerdo con este mandato constitucional, los códigos reguladores del proceso penal han legislado sobre el derecho de defensa, haciéndolo por lo común dentro de las disposiciones que le otorgan operatividad. El vigente para la jurisdicción federal lo consagra entre las disposiciones que regulan las *Partes, defensores y derechos de testigos y víctimas* (Tít. IV del Libro I, *Disposiciones generales*), lo que se regula dentro del Capítulo VII, *Defensores y mandatarios*. El artículo 104

⁷ VAZQUEZ ROSSI, *La defensa penal* cit. Entre los antecedentes de mayor significación podemos recordar el de la *Declaración de Derechos del Estado de Virginia*, de 1776 que establece que en todas las causas criminales, el acusado "tiene derecho a conocer la causa y naturaleza de la acusación, a confrontar con los acusadores y testigos, a producir prueba en su favor y a un juicio rápido", todo ante un tribunal popular integrado por doce vecinos del lugar del hecho, "sin cuyo consentimiento unánime no puede ser declarado culpable". A su vez, la Enmienda VI de la Constitución Federal estableció: "El acusado gozará del derecho a ser informado de la naturaleza y la causa de la acusación; a confrontar con los testigos contrarios; a que se adopten medidas compulsivas para la comparecencia de los testigos de descargo, y a la asistencia de abogados para su defensa", lo que se integra sistemáticamente con las enmiendas V y XIV que establecen los requisitos del debido proceso legal. A su vez, la *Declaración de los Derechos del Hombre* de los revolucionarios franceses de 1789 consagra la norma de que nadie puede ser acusado, arrestado o detenido sino en los casos expresamente determinados por la ley y con las garantías debidas, entre las que se encuentra la correspondiente a la defensa. Ya en nuestro siglo, la *Declaración Universal de los Derechos del Hombre* (1948) estableció en su art. 10: "Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal". A su vez, el art. 8º de la *Convención Americana de los Derechos Humanos*, en orden a las garantías judiciales sanciona el derecho del imputado a defenderse personalmente, a contar con un defensor de su confianza u oficial y a comunicarse libremente con él. Tal normatividad aparece como una constante dentro del Derecho Comparado de casi todos los países del mundo.

del Código Procesal Penal de la Nación establece que el imputado tiene derecho a hacerse defender por abogado de la matrícula o por el defensor oficial, lo que ya consideramos al tratar de los sujetos procesales.

Es una regla imperante en casi todos los digestos la de que la defensa es completamente libre sin más restricciones que las impuestas por la moral, por el respeto debido a los jueces y la observancia de los trámites legales. Esto significa consagrar un amplio margen de discrecionalidad en el ejercicio, el que lógicamente responderá a las particularidades del objeto procesal.

En general, la sistemática adoptada por la legislación procesal penal argentina presupone la existencia del derecho constitucional de defensa, sin reiterar su declaración, como en el caso de otras garantías, entre sus normas fundamentales. De ahí que el derecho en cuestión aparece regulado de la siguiente manera: en forma genérica, dentro de los capítulos dedicados a las partes procesales y como una facultad inherente al imputado quien, obviamente, es el titular de la misma, y en forma concreta u operativa, en las distintas disposiciones en que se alude a la intervención de los defensores en los diversos actos procesales.

A través de esa normatividad pueden establecerse las principales manifestaciones del derecho de defensa, a las que ya se ha aludido, pero que por su importancia conviene destacar.

3. Principales manifestaciones del derecho de defensa

Puesto en claro que el derecho de defensa es uno de los componentes esenciales de la estructura del debido proceso, toca ahora, de acuerdo con la normatividad pertinente, considerar sus principales manifestaciones en el desarrollo del mismo.

A) *Cumplimiento de las garantías constitucionales y normas fundamentales*

Este requisito puede entenderse, como ya fue dicho, a la manera de un marco permanente que engloba y sustenta el desenvolvimiento integral del proceso y conforma la legalidad del mismo. No puede haber proceso penal válido si no lo es por la presunta infracción a ley penal vigente con anterioridad al hecho investigado; si no es tramitado ante el juez natural y mediante un proceso regularmente desarrollado. Al respecto es aplicable lo anteriormente estudiado y lo específicamente dedicado a las normas fundamentales.

No puede dudarse de que una de las tareas fundamentales del defensor es la de velar por el estricto cumplimiento de los derechos del imputado garantizados por las disposiciones superiores del ordenamiento jurídico. Al respecto, es sabido que muchas de las más notorias violaciones a tales garantías se producen en actos de incorporación probatoria al margen de los recaudos legales, como tuvimos ocasión de considerar en casos como “Montenegro” (declaraciones del imputado obtenidas mediante apremios físicos) y “Fiorentino” (allanamiento de morada privada sin orden judicial), por citar sólo dos de los de mayor relevancia y que, en general, responden al criterio sentado en el caso norteamericano “Miranda c/Arizona” como prohibición y descalificación de todo procedimiento oficial abusivo.

B) *Derecho a la jurisdicción*

Así como los anteriores requisitos aparecen como claras derivaciones de la preceptiva constitucional, el que ahora estudiamos también deviene del venero de nuestra ley fundamental. Porque, en definitiva, lo considerado no es sino lo atinente al juzgamiento con las debidas garantías por parte del órgano jurisdiccional natural, imparcial e idóneo. De esta manera, puede decirse que todo aquel a quien se imputa una

acción delictiva tiene derecho a que se pronuncie un decisorio fundado sobre ese objeto de la relación procesal, resolviéndose en definitiva y con justicia sobre la cuestión de fondo. Por eso, en última instancia, este derecho a la jurisdicción no es otra cosa que una manifestación del general servicio de justicia. Todo habitante, ante una situación de conflicto legal, está amparado por la garantía de acudir al órgano dispuesto para resolver la aplicación de la ley conforme a las pautas que regulan la misma.

Desde una perspectiva más concreta y estrictamente procesal, este derecho a la jurisdicción se resuelve en las facultades de que está investido el imputado para actuar como parte, en las oportunidades y maneras establecidas, proponiendo requerimientos al órgano decisorio en orden al pronunciamiento final, que por imperio de la racionalidad de los actos de gobierno del Estado republicano debe ajustarse a pautas de fundamentación y razonada aplicación del Derecho vigente conforme a las pruebas debidamente incorporadas y valoradas que han definido el hecho constitutivo del objeto procesal, evitando todo subjetivismo, dogmatismo y/o arbitrariedad.

Como conclusión, podemos entonces decir que este derecho a la jurisdicción (que ratifica la idea del imputado como sujeto procesal) se traduce en las facultades de acudir, actuar y requerir ante el órgano jurisdiccional en el carácter de parte y, básicamente, de obtener justa decisión conclusiva sobre la materia en debate.

C) *Derecho al conocimiento de la atribución delictiva*

Resulta elemental entender que el principal requisito para una defensa es el conocimiento de la imputación; mal puede contestarse aquello que no se conoce, y resulta materialmente imposible defenderse si se ignora la atribución y las constancias en las que se basa.

Esto, que en la actual conciencia jurídica luce como obvio, durante mucho tiempo ocurrió a la inversa, lo que aún perdura en algunas prácticas deplorables. Dentro de los sistemas inquisitivos, era norma mantener al imputado en total ignorancia tanto de lo que se le atribuía como de las constancias incriminantes, lo que igualmente se extendía al defensor. De ahí que los movimientos liberales que bregaron por la humanización y racionalidad del proceso, prestaran especial atención a resaltar este aspecto, como una garantía básica de la que debía rodearse al justiciable. Así ya en la Declaración de Derechos de la Constitución del Estado de Virginia, a la que anteriormente citamos por su carácter emblemático sobre el particular, puede leerse que en toda acusación criminal el hombre tiene derecho a conocer la causa y la naturaleza de la acusación.

La implementación de este derecho en la legislación procesal obra, como se verá en detalle más adelante, en la regulación que rodea a la declaración indagatoria. Allí se norma que se harán conocer al imputado los hechos presuntamente delictivos que se le atribuyen y sobre los cuales podrá contestar, dando todas las explicaciones que entienda pertinentes. Igualmente, para supuestos de investigación fiscal, se postula la realización de un "acta de imputación".

D) *Derecho a ser oído*

O derecho a declarar o a dar explicaciones, o derecho de audiencia, ya sea en forma espontánea o convocada por el órgano jurisdiccional. Básicamente, surge del anteriormente señalado derecho a la jurisdicción y es una de las más nítidas manifestaciones de la actividad de defensa del propio imputado. Se dirige a que el justiciable pueda ofrecer sus razones en torno a la atribución delictiva. Se concreta a lo largo del proceso en las situaciones procesales de la declaración espontánea, declaración indagatoria, careos y, técnicamente, a

través de las presentaciones del abogado defensor, contestaciones a los requerimientos fiscales y alegatos. Se complementa con el derecho a ser informado de la atribución delictiva existente en su contra.

La posibilidad real y efectiva de ser escuchado y, consecuentemente, de tomarse en cuenta las razones aducidas aparece como el elemento fundamental de la defensa.

E) *Ofrecimiento y control de pruebas*

Al igual que el precedente, este derecho aparece también como emanación del debido proceso y de la facultad de requerimiento a la jurisdicción. Es complemento necesario del derecho a ser oído y se dirige a garantizar al imputado los medios para confrontar la acusación y demostrar sus posiciones, mediante prueba de descargo, en las oportunidades y con las formalidades debidas.

De la misma manera, está facultado para examinar, contrarrestar y valorar las pruebas de cargo.

F) *Derecho a contar con asesoramiento técnico*

Para la mejor implementación del ejercicio del derecho de defensa, para mantener la igualdad procesal (ya que el Ministerio Público está compuesto por letrados) y para el mejor desarrollo del proceso, el imputado cuenta con necesario patrocinio técnico-jurídico, a cargo de abogado particular o de defensores de oficio u oficiales, a los que ya atendimos al tratar de los sujetos procesales.

4. Defensa material y defensa técnica

Hasta ahora hemos hablado en forma global del derecho de defensa como un poder o facultad de la que es titular el imputado, entendida como elemento esencial del debido proceso. Pero en lo dicho es posible advertir que hay manifestaciones de este derecho que se concretan en la propia acti-

vidad del sujeto y otras que se encuentran a cargo de participantes letrados.

Tradicionalmente se ha distinguido entre la denominada defensa material, que es la ejercida por el mismo sujeto a quien se atribuye la comisión del delito en cuestión, y la defensa formal, letrada o más precisamente técnica, a cargo de un abogado.

De acuerdo con las ya estudiadas normas constitucionales, todo habitante de la Nación Argentina tiene el derecho a la defensa en juicio, remitiendo este canon a los requisitos del debido proceso. En lo que toca al proceso penal, toda persona penalmente perseguida tiene la facultad de contrarrestar la atribución y acusación mediante su correspondiente intervención procesal.

El derecho de defensa en sentido material surge en consecuencia de la misma Constitución y corresponde a todo individuo contra quien se instaura una acción, sea de la naturaleza que fuere. Cuando esta acción es de carácter punitivo, por los principios expuestos, esta facultad se potencia, dados los valores e intereses en juego, apareciendo no sólo como posibilidad sino como de cumplimiento efectivo. Todos los códigos procesales penales consagran el derecho de defensa como propio del imputado, ya que todo el sistema de garantías y las expresiones de defensa técnica –mera manifestación especializada de la material– existen en función del sujeto sometido a persecución penal.

A) *Manifestaciones de defensa material. La declaración del imputado*

Este derecho de defensa material del imputado se expresa directamente en determinadas ocasiones procesales, a través de actos de singular importancia, el más relevante de los cuales es la declaración del imputado que aparece como consecuencia directa del derecho a ser oído.

Esta facultad de audiencia se mantiene a lo largo de todo el desarrollo procesal, pero por lo común los códigos disciplinan momentos específicos, establecidos para que el justiciable exprese cuanto entienda pertinente a su descargo. El más notorio es el que tradicionalmente se denomina como *declaración indagatoria*. Esta denominación, arquetípica de las concepciones inquisitivas que convertían a este momento en el preferido para interrogar exhaustivamente al imputado buscando su confesión o, al menos, la admisión de algún aspecto conducente a la determinación de las pruebas del caso, es obvio que refleja una manera de entender al proceso por completo superada por lo que la insistencia en el cambio de denominación no es una mera cuestión formal sino que refleja ideas básicas sobre la cuestión.

De todas maneras, la trascendencia de este momento procesal ha sido destacada por la totalidad de la doctrina y la idea de que este acto lo es fundamentalmente de defensa, es fruto de las modernas concepciones sobre el proceso penal, ya que dentro de una perspectiva inquisitiva se la entendía como medio investigativo por excelencia.

En torno a la regulación de la declaración del imputado se advierte la operatoria de todo lo hasta el momento expuesto sobre el tema del derecho de defensa y de las garantías que lo rodean. En primer término, porque los códigos explicitan en su tratamiento lo atinente a la *incoercibilidad del imputado* y la prohibición de coacciones para obligarlo a declarar o condicionarlo para que lo haga en contra de sí mismo. No puede emplearse contra el declarante género alguno de coacción o amenaza, ni promesa ni exhortaciones. Igualmente se establece que el silencio del interrogado o su negativa a declarar no hará presunción alguna en su contra, apareciendo como expreso deber de quien conduce el acto hacer conocer de manera clara y circunstanciada estos derechos.

Por lo general, los códigos regulan con precisión sobre el

tema, comenzando por estipular que el instructor deberá hacer conocer al imputado el derecho de declarar o de abstenerse de hacerlo, sin que ello implique presunción en su contra. Para el supuesto de que decida declarar, expondrá libremente todo lo que entienda conveniente; en el supuesto de que el acto sea registrado, deberá el acta reflejar lo dicho del modo más exacto y textual posible. Si se lo interroga luego, las preguntas serán claras y precisas, nunca capciosas ni sugestivas. Las respuestas no serán instadas perentoriamente.

En segundo lugar, en el desarrollo del acto de la declaración indagatoria se advierte uno de los primeros requisitos exigidos por la doctrina liberal para el proceso penal en su ardua lucha contra los excesos inquisitoriales y que es el de la obligación del órgano instructor de *hacer conocer al imputado los hechos presuntamente delictivos* atribuidos al sujeto y las constancias sobre las que se basa la atribución. Porque es de elemental lógica que la inicial posibilidad de defensa es la información de lo que se atribuye; mal puede defenderse quien no sabe de qué ni por qué se lo acusa.

Las consecuencias del conocimiento de la imputación, que puede ser entendido como derivación directa y manifestación privilegiada del derecho de defensa, son de variado orden. En primer término permitirán al imputado ofrecer los descargos pertinentes e indicar diligencias probatorias en apoyo de sus dichos; en segundo lugar, serán el material sobre el que trabajará la defensa técnica y, por último, servirá como base indicativa sobre la procedencia de la libertad provisional.

Respecto del conocimiento del hecho atribuido, hay coincidencia en tener en claro que esta intimación, que constituye la base de la acusación, se compone de la determinación del hecho que se le atribuye al imputado en la investigación y de la determinación de los elementos que fundamentan esa atribución. Para lo primero no basta la mención del nombre del delito o la mención del artículo legal pertinente. Tal de-

terminación exige que al imputado se le exprese qué es lo que, como constitutivo del delito que se le imputa, se le atribuye haber hecho y, si fuera posible según los antecedentes obrantes en la causa, dónde y cuándo lo hizo y quién fue el ofendido por el hecho⁸.

La legislación establece que el imputado o su defensor podrán pedir nuevas declaraciones, teniendo el juez también la facultad de efectuar ampliaciones. En la etapa del juicio oral la audiencia del debate tendrá también y como acto central la declaración del imputado a quien, igualmente, se otorgará la palabra en último lugar al finalizar el debate.

Otra manifestación del ejercicio del derecho material de defensa lo constituye la participación del imputado en careos, donde es confrontado cuando existan contradicciones con testigos de cargo.

B) *Derecho a designación de defensor*

Por último, corresponde a las facultades de defensa material el *derecho a designar defensor técnico*, el que en exclusivo interés del imputado actuará asesorándolo, asistiéndolo y representándolo, integrando la parte-defensa.

Esto significa dejar sentado claramente que el titular del derecho de defensa, en todos sus aspectos, es el imputado, pero, habida cuenta de las particularidades del proceso, la ley dispone la necesaria intervención de un profesional para el asesoramiento y la representación letrada o técnica. Este patrocinio contribuye a resaltar la importancia sustancial otorgada por la moderna legislación y práctica procesal al derecho de defensa y a evidenciar la necesidad de que el mismo sea ejercido en las condiciones apropiadas teniendo en cuenta el propio interés del imputado y la buena marcha del proceso.

Las razones en pro de la existencia y necesidad de la

⁸ NUÑEZ, *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba comentado* cit.

defensa letrada derivan en forma directa del carácter eminente y crecientemente técnico del proceso y de los temas sustantivos en él tratados. El fenómeno jurídico exige el conocimiento especializado y así como jueces y fiscales son abogados, la defensa debe estar a cargo también de profesionales del Derecho.

En favor de esta asistencia y representación técnica, resultan apropiadas las palabras de Carnelutti, quien expresó al respecto: "...el que ha de ser juzgado está, por lo general, privado de la fuerza y de la habilidad necesarias para expresar sus razones y cuanto más progresa la técnica del juicio penal, más se agrava esta incapacidad. De una parte, el interés en juego es a menudo tan alto para el imputado que, a causa de la excesiva tensión, como una corriente eléctrica, está expuesto a hacer saltar los aparatos: quien tenga alguna experiencia de juicios penales, sabe todo lo difícil que es al imputado y, por lo demás, también a las otras partes, contener la pasión o aun solamente la emoción que les quita el dominio de sí mismos. De otro lado, el juicio, aun cuando esté racionalmente construido, es siempre un complicado y delicado mecanismo, que sin una adecuada preparación no se consigue manejar; pero el imputado, por lo general, no la posee. El está, por eso, exactamente, en la posición de quien no sabe hablar la lengua que se necesita para hacerse entender"⁹.

En resumen: la defensa técnica es correlativa de la acusación letrada y va dirigida a sostener los derechos del imputado, a través de los medios jurídicos y dentro de los procedimientos establecidos al efecto.

5. Tipos de defensa técnica

La defensa técnica puede ser ejercida diversamente, según sean los sujetos que la tengan a su cargo. De acuerdo con

⁹ Es la situación que la Corte trató en el caso "Fernández" (10-3-87, J. A. 1987-IV-109).

este criterio, basado en los distintos sistemas legislativos, podemos distinguir:

A) *Autodefensa*

Es la llevada a cabo por el propio imputado, quien no sólo ejerce su defensa material, sino también el desempeño técnico.

Por lo general, la legislación procesal no consagra para admitir la autodefensa la exigencia de título de abogado en el imputado. Sin embargo, en la práctica, son casi inexistentes los casos de autodefensa penal, ya que aun en la hipótesis de que el imputado fuere abogado (es conocido el proverbio de que no hay peor abogado que el que actúa en causa propia) lo habitual es que acuda a los servicios de un letrado especializado.

La autodefensa, en realidad, aparece como regla en antiguos digestos; en la actualidad, en cambio, la norma es que la defensa técnica sea ejercida por un letrado especializado. Sin embargo, esta preponderancia técnica no puede jamás hacer perder de vista la circunstancia de que, en definitiva, las decisiones corresponden a quien es el sujeto esencial de todo el desarrollo, quien deberá ser personalmente notificado de todas las resoluciones que definan su situación y cuyo derecho de instancia, más allá de la intervención del profesional que lo representa, jamás se pierde y nunca puede estar limitado por formalismos.

B) *Defensor oficial*

La legislación procesal prevé, para los casos en que el imputado no proceda a designar un defensor particular, la intervención de un defensor general, oficial o de oficio. Esta institución contribuye a resaltar la necesidad de la defensa técnica dentro de la mecánica del proceso penal, ya que no se concibe la prosecución de una causa sin que el justiciable

cuenta con asistencia y patrocinio letrado, el que le es proveído por el mismo Estado.

Existen diferentes sistemas para proveer a esta defensa técnica oficial, siendo los más difundidos los de la designación de un abogado de la matrícula o de una lista especial para que actúe como defensor, o bien se trate de un miembro de una corporación creada por ley a los efectos pertinentes. En el orden nacional, la ley 1893 previó, al lado del Ministerio Público Fiscal, el denominado Ministerio Pupilar o Defensoría de Pobres y Ausentes. Sucesivas leyes fueron adaptando la institución, pero en lo básico la misma continúa respondiendo al mismo esquema, aunque la tendencia está en dotar al organismo de una estructura autónoma, claramente diferenciada de la correspondiente al Ministerio Público y de la judicatura.

Por lo general, los códigos establecen que si el imputado no propusiere defensor en el acto de prestar declaración indagatoria, se hará cargo de su defensa el defensor general que corresponda según turno. La legislación establece una serie de obligaciones para este desempeño, postulándose—como ocurre en algunos digestos— la existencia de defensores para la etapa instructoria, para el juicio y para las actuaciones ante tribunales superiores.

En la realidad de los hechos esta defensa oficial dista de ser todo lo eficiente que el espíritu de la ley tendía a lograr, derivando sus limitaciones de causas ajenas al celo de los agentes, con frecuencia superados por el número de casos a su cuidado. Sería de desear que una futura reforma intentara encontrar soluciones para el logro efectivo de las tareas de este importante ministerio, siendo de especial relevancia la mención del proyecto que a los efectos se implementó en el marco de la preparación de la reforma del Poder Ejecutivo para el Código Nacional.

C) *Defensor particular*

O abogado de confianza, que ejerce profesionalmente la defensa técnica del imputado que requiere de sus servicios. Manzini, al igual que gran parte de la doctrina predominante lo definieron como aquel que interviene en el proceso penal para desplegar en él una función de asistencia jurídica en favor de los derechos y demás intereses legítimos de un sujeto procesal en la aplicación de una finalidad de interés público y no solamente para el patrimonio del interés particular, poniendo énfasis en lo atinente a este aspecto del interés público. Si bien no puede desconocerse que existe un indiscutible interés de la sociedad en el cumplimiento estricto de las garantías que, obviamente conciernen a todos, la línea argumental aludida pareciera dirigirse a un cierto condicionamiento de la función del defensor respecto al cumplimiento de los fines del proceso, lo que no es desde todo punto de vista exacto, ya que el defensor aparece integrado –por la propia lógica del sistema– en una estricta posición parcial orientada a mantener la mejor alternativa para su defendido y sin que en tal tarea pueda, por motivo alguno, traicionar o limitar la confianza en él depositada por el justiciable, en cuyo exclusivo interés debe actuar, sólo limitado por el cumplimiento de las normas legales generales y por las de la ética profesional.

Debe tratarse de un profesional del Derecho con título de abogado, debidamente inscripto en la matrícula respectiva. Puede pensarse que junto a tales requisitos deberían agregarse otros que tienen que ver con los que hacen a la eficiencia, tales como conocimientos de Derecho Penal sustantivo y Procesal y de las ciencias auxiliares que iluminan la interpretación y aplicación de esas normas jurídicas, pero obviamente éstas son condiciones que hacen a la idoneidad profesional y sobre las que resulta difícil establecer pautas objetivas.

La doctrina ha destacado desde antiguo la importancia del papel del defensor particular en las causas penales, habiéndose pronunciado al respecto frases laudatorias, de entonación romántica, como las dichas por Bielsa: "El oficio de la defensa añade a la condición y a los atributos del abogado una cualidad que define el sentido de su profesión como defensor de la libertad y el Derecho, aun a costa de su propia tranquilidad, pues que le obliga a la lucha, no sólo contra el adversario sino también contra la arbitrariedad y el despotismo de la autoridad cuando ésta se ha afirmado por esos medios"¹⁰.

También ha habido quienes han criticado duramente la función defensiva del abogado, señalando que su intervención es contraria a los intereses sociales y que, con frecuencia, aparece como asociada a una defensa de la delincuencia, postura que se acentúa cuando el tema adquiere connotaciones políticas o se vincula a manifestaciones de grupos poderosos de delincuencia organizada.

Lo cierto es que una analítica estricta del defensor debe prescindir de toda retórica al respecto y rechazar por igual esos juicios laudatorios o groseramente adversos. Porque sin desconocer que ha habido por igual casos merecedores de una y otra opinión, y que no han sido infrecuentes, sobre todo en situaciones teñidas por luchas contra dictaduras, aquellos en que la función defensiva ha tenido mucho de duro combate contra la injusticia, es evidente que una consideración jurídica de la cuestión lleva a situar el problema en la idea de que el actual proceso penal no se concibe sin la participación del defensor y que de todos los métodos existentes hasta ahora, el más apropiado parece ser el del abogado de confianza.

La tarea del defensor particular es eminentemente técnica, encuadrada dentro de funciones específicas y dirigida, en de-

¹⁰ BIELSA, Rafael, *La abogacía*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1960, p. 26.

finitiva, al ejercicio de un poder constitucional implementado concretamente a través de disposiciones procesales que redundan, como las reguladoras de la acción y la jurisdicción, en una mejor y más racional administración de justicia.

Por otra parte, la elección del imputado de un defensor de su confianza, no sólo protege su interés, sino que deriva de la libertad del ejercicio profesional, propio de una actividad eminentemente liberal como es la abogacía.

6. Naturaleza jurídica del defensor

Este es un tema que fue objeto de arduas discusiones por la doctrina que no es el caso repetir sino sólo indicar algunos aspectos que pueden aún presentar alguna utilidad para la mejor definición de la figura.

Es de observar que en la cuestión del concepto de defensa se engloban por igual los aspectos materiales y técnicos, como ya fue tratado. Pero de hecho, en el actual proceso, la figura preponderante en orden a la contradicción de la atribución delictiva es el defensor, quien obviamente actúa como parte formal y representativa. En orden a esto, caben algunos interrogantes: ¿Cuáles son las relaciones entre el defensor y el imputado? ¿El ámbito de la defensa puede exceder o divergir del de la material? ¿Cuál es la naturaleza y papel del defensor, y cuáles sus vínculos con su instituyente?

Muchos de los intentos teóricos por resolver tales preguntas se orientaron a la aplicación de categorías del Derecho Procesal Civil, modificándolas y adaptándolas diversamente a las particularidades procesales penales. Así, se ha hablado de mandatario, de representación, de intersección, etcétera.

Lo cierto es que la figura del defensor presenta características propias que lo hacen difícilmente ubicable dentro de las categorías tradicionales, aunque muchas veces se ha exagerado respecto a esta especificidad.

En la vieja doctrina italiana, Guarneri ha advertido que

la naturaleza jurídica del defensor es "poliédrica", ya que a veces se presenta como representante, otras como asistente y, finalmente, como sustituto procesal. En las relaciones entre el imputado y su defensor, éste tiene con respecto a aquél una doble autonomía: en las modalidades técnicas de la defensa y en el ejercicio de la impugnación¹¹.

Guarneri resume su posición: "El defensor no es un simple mandatario del acusado, sino que integra la tutela del mismo desde el punto de vista técnico, tanto en cuestión de hecho como desde el punto de vista jurídico, respecto del cual el defensor es el *dominus litis*, por ser él quien establece el sistema de defensa, quien promueve y trata las excepciones procesales y quien presenta los medios de prueba. Además, la defensa es autónoma, porque el defensor está autorizado a desenvolverse libremente".

En consecuencia, de acuerdo con las ideas expuestas en las que, mayormente, existe coincidencia doctrinaria, el defensor cumple funciones de representación, asistencia y sustitución. De ahí nace lógicamente la conclusión del autor citado, para quien debe hablarse en relación a imputado y defensor de parte-defensa, caracterizándose la noción por un conjunto de derechos procesales que aparecen como contradictorios de los de la acusación.

Para Leone, el defensor cumple funciones de asistencia y de representación, respondiendo ambos aspectos a la configuración y exigencias técnicas del proceso. Pero si se avanza hacia una mejor elaboración de mayor rigurosidad para determinar la naturaleza jurídica del defensor penal, se comprende que las diferentes notas o ideas propuestas hasta ahora no han hecho otra cosa que tocar sólo algunos aspectos del problema, sin lograr resolverlo en su integridad.

No puede dejar de tomarse en consideración el hecho real de que a medida que avanza la configuración crecientemente

¹¹ GUARNIERE, ob. cit.

técnica del proceso, cada vez es mayor la importancia y participación del defensor y menor la del propio imputado. Esto lleva a Leone a afirmar que: “Nos encontramos así ante un sujeto que actúa en presencia y en estrecha unión con la parte, en nombre propio y en interés de ella; dando lugar a una actividad que culmina con la actividad de la parte, constituyendo un momento indefectible de ella. Y puesto que esta posición [...] no puede encuadrarse en ninguna de las categorías inventadas para definir la posición de un sujeto distinto de la parte, no hay otra solución que la de reconocer en el defensor uno de los sujetos en los cuales se articula la parte”.

Esta concepción explicitada y en alguna medida culminada por Leone, toma en consideración los aportes de la doctrina italiana, que vio con agudeza desde años atrás que es menester englobar en la idea de “parte-defensa” al imputado y su defensor, lo que permite hablar de *parte defendida*.

De acuerdo con esto y con ideas anteriormente desarrolladas, podemos decir que mientras el imputado es parte en sentido material, el defensor lo es en sentido formal, ya que su capacidad de actuación procesal es plena y, en los modernos digestos procesales, similar en un todo a la de los representantes del Ministerio Público.

Esta ubicación técnica del defensor dentro del proceso destaca el sentido de su intervención como un sujeto caracterizado por una posición y actividad partiva y parcializada, puesta en el proceso para defender los intereses del imputado, orientando toda su participación en la causa hacia el mejoramiento de la situación de su pupilo frente a la ley sustantiva y desarrollo del proceso.

De acuerdo con esto y resaltando la importancia que la legislación procesal otorga a la función defensiva, en todos los códigos existen disposiciones que destacan las obligaciones de correcto desempeño por parte del curial defensor y las responsabilidades emergentes del incumplimiento de estos deberes.

Ahora bien: sin desconocer la importancia de lo anteriormente desarrollado, puede entenderse que tal vez se ha complicado exageradamente en torno a la naturaleza jurídica del defensor. En la realidad de la legislación y práctica procesal actual, el defensor penal no es sino un mandatario judicial, con particularidades propias de la misión que le es encomendada. Bien ubica Mosset Iturraspe el tema dentro del derecho de postulación procesal¹², o sea, el derecho de pretender o pedir al órgano jurisdiccional, justicia, haciéndolo por cuenta e intereses de otro, en el cumplimiento de un encargo. El imputado encomienda a un abogado de la matrícula el ejercicio de su defensa técnica, siendo éste quien asumirá el papel de parte formal y efectuará las intervenciones y peticiones tendientes al derecho de su representado.

El defensor técnico en el moderno proceso penal no se diferencia mayormente del apoderado judicial o procesal civil, por más que sobre el particular se hayan escrito en contrario interminables páginas. Tanto en uno como en otro proceso hay un encargo procesal que delega en el instituido las intervenciones y postulaciones. Claro está que existen en el proceso penal actos que no pueden ser delegados (declaración indagatoria, careos, es decir, todos los relativos a la defensa material, que es de índole absolutamente personal del imputado y, como ya se dijo, hace al aspecto material de la defensa, de índole intransferible e indelegable), pero en lo demás no existen diferencias sustanciales. Por último, la objeción relativa a que el defensor penal tiene plena autonomía con respecto a la defensa, carece de la mínima base, ya que lo mismo acontece con el apoderado civil. En suma: si existen diferencias, las mismas no refieren a la situación del mandatario, sino del mandante, ya que, obviamente, es muy distinta la posición de quien está involucrado en una litis civil que la de quien es constreñido lo quiera o no al proceso penal.

¹² MOSSET ITURRASPE, *Mandatos cit.*, Cap. V.

7. Designación del defensor

Puesto en claro lo precedente, toca analizar la cuestión relativa al *momento procesal de la designación*. En principio y como momento básico, puede afirmarse que la institución de defensor debe hacerse en el momento en que el imputado presta declaración indagatoria.

En el caso de que haya existido una *propuesta de terceros*, en la que la relación o vínculo con el imputado no necesitará ser aprobada, bastando la manifestación bajo juramento del peticionario, ésta se deberá hacer conocer al imputado incommunicado al comenzar su declaración.

Con anterioridad a la citación a comparecer a declarar, no ofrece dudas la cuestión de que es procedente la designación de defensor, quien puede presentar lo pertinente al incidente de exención de prisión, hacer indicaciones probatorias y asistir a su instituyente.

Un último tema es el de si corresponde designación y consecuente actividad del defensor durante el sumario prevencional. El Código Procesal Penal de Córdoba fue el primero en consagrarlo en forma expresa en su artículo 190, inciso 8º que, normando las facultades de la policía judicial, otorga a los oficiales de ésta la de recibir declaración al imputado, pudiendo asistir a la misma el defensor de confianza elegido.

Al respecto y ante notorias violaciones de las garantías del imputado por parte de las fuerzas policiales, han existido vigorosas recomendaciones de los colegios de abogados, en el sentido de arbitrar los medios legales para que el derecho de defensa técnica opere ya en el ámbito prevencional, donde tal vez la función de contralor del letrado se haga más necesaria, desprendiéndose de esta idea que aun en los casos de incomunicación, la misma no puede regir respecto a la comunicación entre el abogado y su cliente, quien jamás puede estar privado del necesario asesoramiento técnico.

Una vez hecha la designación formalmente admisible, el

cargo de defensor se asume y concreta por parte del curial propuesto mediante la *aceptación*; obviamente, el abogado particular, por elementales razones de libertad profesional, no está obligado a aceptar el cargo. Esta aceptación podrá ser expresa, mediante la comparecencia del letrado en el juzgado a los efectos de manifestar su voluntad en tal sentido y de fijar domicilio a los fines legales, o tácita, cuando ejecute actos de defensa (incidente excarcelatorio, proposición de diligencias, interposición de recursos, etc.).

A partir de la aceptación, el abogado defensor contrae *responsabilidades* legales derivadas de su obligación de correcto y regular desempeño de su función. Las responsabilidades a que aquí nos referimos son las de índole procesal, ya que también pueden caberle las de tipo civil por un notorio mal desempeño ocasionador de perjuicios.

8. Funciones del defensor

El tema puede ser enfocado desde una perspectiva global, como en cierta manera se ha venido efectuando hasta ahora, o bien a través del análisis de los diferentes desempeños del defensor en las principales instancias del desarrollo del proceso.

En el primer aspecto ya hemos señalado que se ejerce una general función de asistencia, que se manifiesta a través de la experiencia, de la serenidad, del enfoque objetivo de la situación, del asesoramiento sobre la situación legal y del consejo durante la comunicación con el imputado fuera del proceso o dentro de él. Esta función de asistencia se desenvuelve en diferentes aspectos que contribuyen a delimitar con fuertes trazos de peculiaridad del defensor penal, y debe ser entendida no sólo como el aporte de necesidades aclaratorias teóricas y prácticas, sino también como indicaciones precisas para el mejoramiento de la situación del imputado.

Esto exige que la comunicación entre defensor e imputado

sea fluida. Para ello, deben eliminarse cortapisas o trabas para los contactos, de tal modo que en los casos en que el encausado se encuentre privado de libertad, el abogado pueda concurrir sin dificultades a los lugares de detención a entrevistarse con su defendido en debidas condiciones de privacidad. Sólo así se puede lograr un adecuado desempeño profesional, ya que el letrado requiere compenetrarse de los elementos de conocimiento sobre las circunstancias de hecho de la causa y sobre la personalidad de su instituyente.

Debe dejarse sentado con claridad que el primer requisito de la labor defensiva es la obtención de una adecuada información que, en lo posible, no puede limitarse únicamente a los datos logrados en el examen de las actuaciones (sobre todo en los primeros momentos), ya que con frecuencia el propio interesado y sus allegados podrán ofrecer elementos de juicio importantes para el adecuado ejercicio de la defensa.

Sobre esa base, unida a la suministrada por el haber científico y la experiencia forense del profesional actuante, éste podrá asesorar a su defendido, informándole al mismo tiempo sobre las normas sustanciales y procesales en relación al hecho y las consecuentes particularidades del caso. De allí surgirán las orientaciones para los actos de defensa material y los elementos a encuadrar jurídicamente a través de la defensa técnica. Sobre tal base, es que se entiende la necesidad de que en ningún caso haya incomunicación entre imputado y defensor.

En relación a esta labor de asistencia del imputado, el abogado tiene también una importante función de contralor de legalidad en todo lo que atañe, desde su posición partiva, a la regular marcha del proceso, instando lo que corresponda e impugnando por los medios previstos todo lo que perjudique el derecho de su instituyente.

Igualmente desde una perspectiva general y confirmando lo que señalamos al hablar de la naturaleza jurídica del de-

fensor, éste tiene dentro del proceso funciones de representación del imputado, ya que en los actos de la defensa técnica actúa sin la presencia de su defendido.

Mientras que la función de asistencia da preeminencia a los aspectos personales, la de representación acentúa el sentido técnico del ejercicio de ese derecho por parte del letrado. Como regla, puede establecerse que el defensor ejerce funciones de representación siempre que interviene en el proceso en actos que no tienen carácter personalísimo con respecto al imputado (declaración indagatoria, careos, reconocimiento en rueda de personas, reconocimiento de documentos, reconstrucción del hecho, etc.) y que cumplen su efecto con la sola manifestación de voluntad o conocimiento del abogado. Por lo dicho, lo normal es que el defensor representa al imputado, bastando su notificación en el domicilio constituido para que las providencias cumplan sus efectos. Las excepciones a esta representación son los ya señalados actos o momentos procesales en que se exige la presencia personal del justiciable.

Pueden reseñarse los aspectos particulares de esta función indicándose que el defensor procura la incorporación de los elementos probatorios favorables a su defendido e interviene en los actos de recepción de ellos, cuestiona o impugna los desfavorables, se desenvuelve como portavoz del justiciable ante los órganos decisorios, intentando lograr la mejor situación jurídica de su representado.

En mi anterior obra *La defensa penal*, detallé como aspectos particulares de la función del abogado defensor, los siguientes: asistencia a los diversos momentos de la defensa material (indagatoria, careos, reconstrucción del hecho, reconocimientos), comunicación con su defendido a todo lo largo del desarrollo de la causa, examen de las actuaciones y contralor de las mismas, proposición de diligencias, ofrecimiento y producción de las pruebas pertinentes, actividades dirigidas en los casos procedentes a la obtención de la libertad del

imputado (eximición de prisión, excarcelación), presentaciones y alegatos de defensa en sentido estricto e interposición de recursos.

Por cierto que estas diversas actividades –de asistencia y representación– varían con las diferentes etapas del proceso. Por lo general, los códigos establecen que durante la instrucción no habrá debates, pero ello no significa que en este período procesal el defensor debe estar pasivo, sino, por el contrario, que su actividad deberá estar orientada fundamentalmente hacia una función de contralor, de conocimiento y también de aporte probatorio a través de la propuesta de las diversas diligencias; además, podrá impugnar resoluciones como los autos de prisión preventiva y procesamiento, petitionar sobreseimiento, etcétera. Al respecto, puede señalarse que la tendencia más actualizada en la legislación y práctica procesal indican un fortalecimiento general de las partes en la etapa instructoria y, en especial, del papel de la defensa.

Pero sin perjuicio de lo señalado, será en el debate plenario o juicio donde a través de la discusión la función del defensor cobrará su total sentido, examinando y valorando la prueba y contestando las requisitorias del Ministerio Público, y peticionando lo conducente al derecho de su defendido.

También a través de sus intervenciones impugnativas cobrará plena vigencia la defensa técnica, armonizando en todas estas intervenciones los aspectos procesales y sustantivos, las cuestiones de hecho con el ámbito normativo aplicable.

9. Defensa de mérito y defensa de excepción

Dentro de la defensa técnica es posible distinguir entre lo que se conoce como defensa de mérito y la de excepción; la primera, a la que de hecho hemos efectuado las mayores referencias en las páginas precedentes, se dirige fundamentalmente a lo que refiere al rechazo de las circunstancias fácticas y jurídicas de la atribución delictiva, postulando la

improcedencia de la imputación ya fuere por sostenerse que el hecho no ocurrió, o que el imputado no lo cometió o que el mismo no es delito por faltar en el caso alguno de los elementos constitutivos del concepto analítico del injusto, o bien por existir dudas respecto de lo probado en orden a la responsabilidad del justiciable. Y aun en la hipótesis de que las constancias cargosas demostrasen la existencia del hecho delictivo y de la autoría culpable, procurar la sanción punitiva de menor gravedad y en las situaciones más favorables, lo que se acentúa en sistemas de cesura de juicio.

Pero en todos estos supuestos nos encontramos ante argumentaciones de índole material dirigidas al órgano jurisdiccional cuya decisión sobre el caso no se cuestiona. Es decir: nos encontramos ante una relación procesal válidamente instaurada y desarrollada, en la cual se emitirá la resolución conclusiva que, se procura, sea lo más beneficiosa posible para el encausado.

En cambio, la defensa de excepción se dirige a impugnar la validez de la relación procesal, sosteniéndose que, por faltar o ser irregular alguno de los elementos o presupuestos formales fundamentales del proceso, no puede dentro del mismo arribarse a una resolución de mérito.

Frente a la acción, la facultad de contradicción se desdobra en las de defensa de mérito y defensa de excepción; esta última, cuya denominación deriva del vocablo latino *exceptio*, designa el motivo jurídico dirigido a detener, impedir o hacer ineficaz el desarrollo de la acción. De tal modo, se nos presenta como un instituto de naturaleza procesal que se manifiesta como un medio legalmente establecido, a través de la contradicción, que se ejerce como un impedimento a la constitución y/o desenvolvimiento de la relación, de manera que, de prosperar, obstaculiza la decisión sobre el fondo o materia del asunto sometido.

Tanto la regulación legal como la doctrina han distinguido

entre excepciones *dilatorias*, cuya admisión suspende el curso del procedimiento, y *perentorias*, que tienden a la definitiva conclusión de la causa.

El instituto ha tenido más amplio desarrollo dentro de la legislación procesal civil (así, arts. 346 a 348, Cód. Proc. Civ. y Com. Nac.) y también han sido consideradas bajo la denominación de *Artículos de previo y especial pronunciamiento*.

A partir del Código cordobés de 1939, en los digestos del sistema mixto se abandonó la regulación casuística que hacía el Código Federal de 1888, estableciendo como motivos generales los atinentes a la falta de jurisdicción o de competencia; la falta de acción, porque ésta no pudo promoverse, no fue legalmente iniciada o no puede proseguir, y la extinción de la pretensión penal.

CAPITULO XVII

LA LIBERTAD DEL IMPUTADO Y LAS MEDIDAS CAUTELARES Y COERCITIVAS

1. Aproximación al tema

Uno de los aspectos más notoriamente intimidantes de la respuesta penal lo constituye, sin duda alguna, el carácter *coactivo* de las actuaciones. Más que la sanción punitiva derivada de un pronunciamiento conclusivo, importa por lo general, el momento inicial, dentro del que se producen los mayores constreñimientos. En el funcionamiento real del sistema punitivo las *medidas inmediatas* —por lo común a cargo de la policía— tienen una contundencia extrema que, en más de una ocasión, se evaden con amplitud no sólo de límites legales, sino de criterios de racionalidad y, a veces, de proporcionalidad, con un alto contenido intimidante. Es el ejercicio de la fuerza, la manifestación por excelencia de la violencia estatal, cuyos desbordes vienen desde antiguo justificando todos los esfuerzos por una limitación de ese poder difícil de controlar y que tantas huellas —*cicatrices*— ha dejado en cercanas memorias.

Por otro lado, el fenómeno de la detención y el de la prisión preventiva aparece como el rasgo predominante que define a los procedimientos penales, que en la realidad cumplen

funciones de castigo, por lo común de mayor entidad aflictiva que los que derivan de la pena como consecuencia jurisdiccional, invirtiendo el orden lógico de la secuencia procesal.

Si bien no puede ignorarse la evolución histórica que, sin exageración, puede entenderse como una paulatina reducción de los constreñimientos del imputado, el considerado sigue constituyendo el punto más álgido del enjuiciamiento penal. Desde los tiempos de la inquisición en los que el reo era un mero objeto de la implacable averiguación que tendía a obtener la confesión y para ello apelaba a la privación de libertad, al confinamiento en condiciones de duro aislamiento, a la intimidación y a la minuciosa y deliberada imposición de dolor a través del tormento legal, gran parte de los más importantes movimientos doctrinarios y de las reformas legales tuvieron como eje limitar y racionalizar tales modos de actuación. Y si bien es innegable que sobre el particular se dieron progresos significativos y que dentro de gran parte de los diseños procesales de los países adelantados la regla es la de la libertad durante el proceso y la de la absoluta descalificación de todas las medidas coactivas de índole aflictiva y de la obligación de aportar elementos incriminantes contra sí mismo, es también cierto que las prácticas cotidianas del funcionamiento de la justicia punitiva, por su propia naturaleza, tienen de por sí un sentido notoriamente gravoso. Y a más de ello, es un dato de la realidad —empíricamente comprobado— que durante largos años se recurrió al uso generalizado, en los países latinoamericanos, del instituto de la prisión preventiva como el modo de reacción penal por excelencia, convirtiéndosela de hecho en sustituto de la pena o en forma anticipada de la misma, generándose el notorio fenómeno del “preso sin condena” al que ya hemos hecho numerosas referencias a lo largo de este trabajo. De tal modo, de hecho, se comenzaba por la imposición punitiva, sin que importase mucho el título con el que se pretendía justificarla

y luego, por lo general después de considerable tiempo, se llegaba a la decisión conclusiva que, en realidad, no hacía sino convalidar lo antes acontecido o, en el mejor de los casos, operar como una suerte de revisión de lo ya irrevocablemente sucedido.

Precisamente en torno a esta cuestión se centraron los enfoques críticos hacia los modelos vigentes de enjuiciamiento y se propusieron reformas que, por diferentes caminos, llevaron a que confluyeran posiciones modificatorias que atendían a la necesidad de dinamizar y modernizar los modos de actuación, especialmente los relativos a la investigación preliminar o preparatoria de la acusación pública.

Sin ninguna duda, la cuestión de las medidas investigativas y asegurativas ocurridas en los primeros momentos de los procedimientos se presentan como un punto auténticamente crítico dentro del desarrollo del enjuiciamiento penal, ya que esta respuesta, por lo general de índole inmediata y con frecuencia a cargo del personal policial, marca el territorio donde es preciso asegurar las constancias que han de servir para el posterior desarrollo y donde por lo común se han producido las intromisiones más notorias en la órbita de privacidad de los individuos investigados y donde han ocurrido graves quebrantamientos de la legalidad fundamental tutelada por los derechos constitucionales, como se ha visto al tratar del tema y, en especial, de medidas probatorias abusivas. Precisamente la necesidad de impedir o castigar, o descalificar tales abusos ha generado una rica doctrina, tanto teórica como judicial, a la que ya hemos hecho referencia, y exige un cuidado en las implementaciones legislativas y en las prácticas judiciales tendente a desterrar o, al menos, dificultar el acontecimiento de tal tipo de proceder ilegales. Pero es indudable que de la rápida y eficaz capacidad de respuesta ante la noticia del delito depende en la mayoría de los casos el éxito de la posterior tarea, por lo que la faz

asegurativa resulta una necesidad propia de los procedimientos penales que, de no contar con tales medios, convertiría en ilusoria la ulterior actividad.

La singular paradoja del tema estriba en que el Estado de Derecho, por un lado, ha optado por una reacción mediata ante el delito, lo que deviene clara consecuencia del mandato constitucional de ninguna pena sin juicio previo, pero la realización de ese mismo juicio exige inmediateces y seguridades que permitan que las pruebas, objetos y personas se encuentren suficientemente cautelados. Por otra parte, urge evitar en frecuentes situaciones que los efectos del delito continúen, o que las pruebas e imputados desaparezcan. Y nadie puede dudar de los reclamos sociales —de diferente validez y justicia— en contra de la impunidad de ciertas conductas, sobre todo aquellas de un notorio contenido lesivo y de neta capacidad irritativa.

Es probable que los motivos antedichos, a los que cabría agregar otros, expliquen lo ya tratado respecto a que en la realidad operativa el proceso penal cumple, de hecho, funciones punitivas y concreta papeles represivos, de prevención general y especial, que por lo común se explicitan teóricamente como propios del Derecho Penal y en particular de la teoría de la sanción.

De tal modo surge claro que la cuestión que ahora consideramos es un punto central y conflictivo en el que se hacen patentes tanto problemas de índole constitucional como de política penal, intereses individuales y expectativas sociales, resguardo de las libertades fundamentales y de la racionalidad del proceso como necesidades de urgencia en torno al debido castigo de los hechos delictivos, pero también de estrictos límites a la intervención estatal y a las conductas abusivas.

El tema ha sido estudiado desde la perspectiva de los medios coactivos, el que a su vez se ubica dentro del más

amplio panorama de las denominadas medidas cautelares. No se me escapan los abundantes reparos que esta situación provoca, toda vez que hablar de medidas cautelares en relación a la privación de libertad resulta, al menos, intranquilizante, ya que nada hay que cause tantos agravios irreparables y definitivos como el encarcelamiento, fuere al título que fuere, pero me ha parecido que atender a un desarrollo que ha tenido buen tratamiento doctrinario puede aportarnos algo de claridad en un terreno de por sí sombrío.

2. Las medidas cautelares

Por medidas cautelares se entienden aquellos actos de índole asegurativa y provisional. Bien señala Podetti¹ que las caracteriza como siendo “una anticipación de lo que ha de venir” y que presentan las notas de “interinidad” y se basan “en motivos de precaución”. En realidad, se dirigen en todos los casos a motivos de efectividad y a evitar que la actuación del Derecho se convierta en ilusoria, lo que ha sido invocado como una de las notas justificativas del encarcelamiento provisional con miras al aseguramiento del eventual condenado para la efectiva aplicación de la pena correspondiente.

Podetti cita la frase de Fairén Guillén de que se trata “de un instrumento del instrumento”, ya que si el proceso tiene un esencial carácter realizativo las cautelas sirven para asegurar tal realización. Esto acentúa la nota de ser un instituto eminentemente procesal, aunque sus efectos —al menos en el caso de la privación de libertad— tienen características sustantivas, aun cuando dentro de la secuencia de actos concatenados aparezcan como un complemento incidental.

Doctrina y legislación han hablado también de “medidas precautorias”, siendo considerable la elaboración exegetica

¹ PODETTI, J. Ramiro, *Tratado de las medidas cautelares*, Ediar, Buenos Aires, 1969, p. 15.

aportada por los procesalistas civiles, donde resulta obvio que el instituto adquiere otras características y se define por finalidades más fáciles de conceptualizar como razonables. De todos modos y atendiendo a la índole del vocablo, pareciera más apropiado hablar de medidas asegurativas, ya que de eso se trata en realidad.

La situación de estas medidas es un tanto paradójal, ya que cuando se las lleva a cabo no existe una certeza del derecho y el proceso no se ha iniciado o está en sus comienzos, implicando, sin embargo, una suerte de ejecución anticipada. Quienes reflexionan sobre el tema advierten el dato de experiencia de que en muchas ocasiones si no se arbitran medios asegurativos, la finalidad pretendida se desvanece; así mismo, y desde una perspectiva contraria, puede ocurrir que se ocasione un perjuicio indebido al accionado, quien antes de poder hacer valer sus defensas se ve sujeto a un grave constreñimiento.

Esta señalada situación paradójal ha hecho que se atienda con cuidado a los requisitos de procedencia de las medidas y que se extreme la prudencia al respecto.

De todas maneras, habida cuenta de que la decisión jurisdiccional sobre la cuestión sometida es siempre una respuesta mediata al conflicto, ya que para arribar a una válida declaración conclusiva es menester transitar el proceso y éste debe ser el "debido", es decir, con postulaciones, acreditaciones y alegaciones, se hace necesario algún tipo de aseguramiento preliminar sobre bienes, personas y pruebas. Con su habitual claridad, Alsina definió años atrás esta circunstancia: "Si el Estado al asumir la función de administrar justicia prohíbe a los individuos la autodefensa de sus derechos, no puede [...] desentenderse de las consecuencias de la demora que necesariamente ocasiona la instrucción del proceso y debe por lo tanto proveer las medidas necesarias para prevenirlas..."²

² ALSINA, Hugo, *Tratado de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Compañía Argentina de Editores, Buenos Aires, 1943, t. III, p. 288.

A manera de resumen, podemos concluir el punto señalando que estas medidas procuran la efectividad realizativa, son de índole provisoria y tratan de fijar una situación relativa al objeto procesal, impidiendo que su modificación haga ilusoria la decisión final, argumentos éstos que han sido invocados de manera expresa para justificar las medidas de coerción personal dentro del proceso penal, a más de la declaración del Preámbulo en el sentido de afianzar la justicia.

En el específico caso de las particularidades de la realización penal, conviene tener presente lo ya tratado respecto a los orígenes inquisitivos del tema que nos ocupa, siendo de importancia volver a señalar que a partir del momento histórico en que el Estado asume para sí la función punitiva, expropiándola a los particulares, se articula un peculiar mecanismo realizativo. Este es, como ha sido estudiado a lo largo de este trabajo, el que se conoce como enjuiciamiento inquisitivo, cuyos orígenes se remontan a la Alta Edad Media y su culminación se encuentra en los códigos de las monarquías absolutas del siglo XVII. Tal método implica desde el inicio mismo de la actividad persecutoria, en la que se confunde acción y jurisdicción, un directo constreñimiento sobre el imputado que, en su condición de sospechado, se convertía en objeto procesal, subordinado a la finalidad de la obtención de la verdad real o material. Dentro de este sistema no cabe hablar de medidas cautelares, sino más bien de una general situación de grave forzamiento que aparece como un anticipo punitivo dentro del cual la condena final será la culminación o consagración del castigo, lo que en gran medida se ha mantenido en más de un ordenamiento y en una corriente práctica hasta nuestros días.

Producidos los movimientos revolucionarios a finales del siglo XVIII y principios del XIX, se perfila un nuevo sistema de enjuiciamiento, que a partir del Código francés de 1808 queda definido como mixto. El enjuiciamiento se divide en

dos etapas diferentes, siendo la primera predominantemente inquisitiva, a cargo de un juez unipersonal, escrita, reservada y no contradictoria. Este período aparece como preparatorio de la segunda etapa, entendida como el juicio propiamente dicho, también conocido como plenario, que se realiza oralmente, de manera contradictoria, con inmediación probatoria y ante un tribunal colegiado que dictará sentencia definitiva.

El modelo, con particularidades diversas, será seguido por los países de Europa continental y a través del Código italiano de 1913 llegará a nuestro país con la sanción del Digesto cordobés de 1940, continuando por la mayor parte de las restantes provincias.

De tal manera se da una amalgama entre dos sistemas: uno de tipo inquisitivo y otro de preponderancia acusatoria, pero con un predominio indudable del primero, que es lo que busca corregirse en aquellos sistemas que optan por la investigación fiscal preparatoria.

De ahí que en la realidad de muchos casos corresponda hablar, como lo señaló Maier³, de un sistema inquisitivo reformado o atenuado, ya que sigue manteniendo la existencia de un aparato oficial de investigación y juzgamiento, la acción es pública, los márgenes de disponibilidad formal irrelevantes y la finalidad es la obtención de informaciones que permitan determinar la verdad real o histórica sobre el suceso investigado.

Las grandes reformas del siglo XIX se orientaron a poner límites al poder penal del Estado, limitando la persecución penal dentro de la legalidad propia del constitucionalismo.

Resume Maier: "Si se quiere describir el cambio sufrido en términos históricos, lo mejor es expresar que se conservaron las metas materiales de la inquisición, nunca abando-

³ MAIER, Julio B. J., *Balance y propuesta del enjuiciamiento penal del siglo XX*, en *El poder penal del Estado*, Depalma, Buenos Aires, 1985.

nadas, pero el método de realización varió, incorporándose un sistema acusatorio puramente formal, pensado parcialmente a semejanza de los sistemas de la antigüedad, prohibiéndose todas las formas indignas, con las cuales la inquisición pretendió lograr sus propósitos a todo trance y rescatándose al individuo como persona que, aun sospechada de haber transgredido las reglas fundamentales de deber de una sociedad, conservaba su carácter de sujeto de derechos, su dignidad”.

Lo relevante del sistema se encontraba en el hecho de que el Estado no sólo se reservaba la función de “decidir” sobre la aplicación de una sanción punitiva, sino también la de “perseguir”.

Esta persecución se concreta procesalmente a través de la acción pública y en puridad debía distinguirse netamente de la jurisdiccional (cosa que no ocurría en el viejo Código Federal de 1888 y en el todavía vigente en la Provincia de Santa Fe), condicionando la decisión a la acusación (*ne procedat iudex ex officio*).

Al mismo tiempo, dada la publicidad de la acción y la circunstancia fáctica obvia de que el órgano oficial era un extraño al suceso investigado que, por otra parte, por su naturaleza, se trataba de mantener oculto, surgía la necesidad de una etapa preparatoria, punto que nos ocupará en el próximo capítulo. Tradicionalmente en nuestro país ésta fue la conocida como instrucción formal, cuyos defectos teóricos y prácticos no es del caso analizar aquí, pero que, evidentemente, potencian los aspectos inquisitivos y confunden los roles procesales.

Y, precisamente, la existencia de esta etapa que debiera ser estrictamente de preparación de la acusación, pero que en realidad se convierte en la mayoría de los casos en determinante de la decisión, es la que exige las medidas cautelares que, por las particularidades del proceso penal, se

convierten en lo que Cafferata Nores⁴ denomina como “medios de coerción”, ya que siempre están respaldadas por la amenaza, cuando no directamente por la ejecución, de la fuerza pública estatal.

3. Las medidas de coerción

De acuerdo con Clariá Olmedo⁵ y con la mayor parte de la doctrina, estas medidas cautelares de índole coercitiva son restricciones a derechos personales o patrimoniales impuestas en la realización penal para obtener o asegurar los fines del proceso, el descubrimiento de la verdad y la actuación de la ley sustantiva, es decir, la aplicación de la sanción punitiva.

Las características generales que contribuyen a delimitarlas, son las siguientes:

a) *Carácter instrumental*. Como se señaló al hablar del concepto de medida cautelar, este instituto eminentemente procesal no es un fin en sí mismo, sino que es “un instrumento del instrumento”, un medio para permitir que el proceso se lleve a cabo. En tal sentido, no tiene finalidad propia, constituyendo esta nota un importante elemento interpretativo.

b) *Propósito asegurativo*. El fin que persiguen, conforme a su carácter de instrumento procesal, es impedir una variación en las condiciones fácticas que dificulten el curso normal del proceso y/o hagan ilusorio lo decidido sobre la aplicación de la ley sustantiva.

c) *Proporcionadas*. En la medida de los dos anteriores caracteres, resulta evidente que la cautela debe guardar una proporcionalidad y pertinencia con lo que se pretende asegurar, ya que al no ser fin en sí misma y tender al cumplimiento de la pretensión de fondo, no pueden jamás exceder

⁴ CAFFERATA NORES, José Ignacio, *Medidas de coerción en el proceso penal*, Lerner, Córdoba, 1983.

⁵ CLARIA OLMEDO, Jorge, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Ediar, Buenos Aires, 1963, t. V, p. 219.

los límites de ésta. Al mismo tiempo, lo dicho conduce a las siguientes características.

d) *Necesarias*. Dado que las medidas significan restricciones anteriores a la decisión de fondo, para decretarlas deben resultar razonablemente necesarias, es decir, encontrarse justificadas por motivos valederos en orden a su finalidad y a las circunstancias de hecho del caso. Debe existir una "aparición de derecho", un cálculo razonable de que en el caso corresponde la aplicación de la norma sustantiva de que se trate, lo que obviamente, en materia penal, tiene directa relación con el principio de legalidad.

e) *Legalmente limitadas*. Cada medida cautelar debe hallarse prevista de manera expresa en el ordenamiento procesal, no pudiendo aplicarse fuera de los límites legales, lo que significa también el cumplimiento de las condiciones respectivas para cada situación, de interpretación restrictiva en los supuestos en que incidan sobre la libertad.

f) *Verosímiles*. Si bien las medidas se producen, por lo común, al inicio de un proceso, es preciso que su necesidad se encuentre asentada sobre un margen relativo de conocimiento probatorio que establezca una vinculación con la cuestión de fondo.

Al respecto debe tenerse en cuenta que el proceso penal es un ordenamiento secuencial que se estructura sobre grados objetivos de conocimiento judicial. Se parte, como tratamos en el capítulo anterior, de un estado de "sospecha" que justifica la convocatoria del imputado a prestar declaración, se arriba a una "probabilidad" que lleva al procesamiento y a la acusación y se concluye con la "certeza", imprescindible para un pronunciamiento condenatorio.

Esta escala cognoscitiva tendrá directa incidencia para la aplicación de las diferentes cautelares.

g) *De interpretación restrictiva*. Conforme con los caracteres anteriores y dada la incidencia coercitiva de las medidas,

especialmente las de índole personal, la mayoría de los códigos procesales y, por supuesto, los principios aplicables sobre la materia, llevan a establecer el criterio interpretativo que manda una aplicación restrictiva o limitativa de las cautelares, lo que atañe no sólo a su aplicación, sino también a su mantenimiento.

h) *Judiciales*. Por último y en relación al órgano que debe disponerlas, son de incumbencia del operador jurisdiccional. Ello surge claro dentro del sistema de instrucción formal, aunque se plantean algunos problemas respecto de las facultades de los organismos que, por delegación, intervienen en las fases preliminares.

En un sistema de preparación a cargo del Ministerio Público, cabe admitir la posibilidad de que éste pueda arbitrar algunas medidas cautelares. Pero en cualquier supuesto debe quedar en claro la potestad revisora y decisoria del juez y, como consecuencia de ello, las posibilidades impugnativas de las partes.

Asimismo y en lo que hace a la clasificación, se ha distinguido entre medidas cautelares-coercitivas *personales*, que afectan o conciernen a limitaciones de derechos de la persona, especialmente su libertad física, y *reales* que refieren a cosas.

También podemos distinguir en orden a su finalidad las que se dirigen a la introducción y aseguramiento probatorio y las que tienden a evitar que se rehuya la acción de la justicia.

4. Coerción personal

El concepto de coerción implica de modo necesario el uso actual o potencial de la fuerza para alcanzar determinados fines, constituyendo un modo de obligar o sujetar la voluntad y disponibilidad de alguien para que haga o deje de hacer algo. Precisamente, la norma jurídica en general, al estar respaldada por el poder estatal, tiene un individualizante carácter coactivo que, a diferencia de las normas éticas, im-

plica mecanismos de cumplimiento obligatorio. Y dentro del orden jurídico, la estructura coactiva por excelencia es la penal, ya que la pena pública aparece como el grado máximo de sanción dispuesto por el ordenamiento. Se ha sintetizado el tema señalando que el carácter coactivo del sistema sustantivo repercute de modo directo sobre el realizativo, ya que esta materia es propia del proceso penal, toda vez que la actuación de la ley sustantiva, en la gran mayoría de los casos, implica privación de libertad, repercutiendo tal situación en los mecanismos procedimentales que configuran el enjuiciamiento⁶.

El referido aspecto evidencia la dependencia de la materia realizativa respecto de la sustantiva, toda vez que existiendo un sistema casi exclusivo de penas consistentes en privación de libertad, el mismo repercute sobre los procedimientos y lleva a los intentos de justificación que derivan de la idea de impedir que el eventual condenado se sustraiga a la imposición punitiva de encierro.

De todas maneras, aunque la práctica lleve a similitudes, si no a directas coincidencias o identificaciones, las razones que explican la coacción como consecuencia de la aplicación del Derecho sustantivo son diversas de las que pretenden avalar las relativas al cumplimiento de los fines procesales.

Luego de la crítica iluminista hacia las atrocidades de los castigos corporales y de los movimientos revolucionarios libertarios, se advierte una relativa humanización de las penas, convirtiéndose las mismas fundamentalmente en privación de libertad, con diferentes modalidades. Este es en lo básico el sistema sancionatorio de nuestro Código Penal, al que cabe asignar, sin embargo, el mérito de haber anticipado institutos tendientes a evitar o disminuir los efectos del encarcelamien-

⁶ RUBIANES, Carlos, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Depalma, Buenos Aires, t. III, p. 96.

to, tales como la libertad condicional y la condena de ejecución condicional⁷.

La doctrina actual ha preconizado la búsqueda de soluciones alternativas a las penas de prisión, ya que es sabido que la cárcel, a más de ser un factor criminógeno hace ilusorios los fines de prevención especial y readaptación y desvincula al condenado de su medio social, laboral y familiar, obligándolo de hecho, luego de su liberación, a persistir en una carrera criminal. En tal sentido, se han elaborado proyectos que perfilan una más precisa gradación de penalidades, que van desde la simple admonición hasta la prisión, pero pasando por encierro de fin de semana, prohibición de frecuentación o residencia en ciertos lugares, reparación de los daños, trabajo en entidades de bien público, etcétera, aspectos que procuran no sólo evitar la solución carcelaria, sino reparar o paliar el conflicto derivado del delito, propiciándose igualmente la inclusión de medios reparativos y de posibilidades compositivas⁸.

Desgraciadamente, este tipo de iniciativas reformuladoras de la sanción chocan con reclamos simplistas que pretenden, inversamente a lo postulado por la más actualizada doctrina, un endurecimiento de la reacción penal en lo básico, caracterizable por la privación de libertad no sólo del condenado, sino del mero sospechado. Ciertos operadores periodísticos insisten sobre el tema, generando un estado de opinión contrario a la alternativa de otro tipo de soluciones, generándose lo que he denominado "el reclamo del encierro", de directa incidencia sobre los primeros momentos investigativos.

Es evidente que esta problemática tiene una directa incidencia sobre los medios de coerción personal.

⁷ JIMENEZ DE ASUA, Luis, *Tratado de Derecho Penal*, Losada, Buenos Aires, 1956, t. I, p. 241.

⁸ FOUCAULT, Michel, *Vigilar y castigar*, Siglo XXI, México, 1978.

Dentro del sistema inquisitivo, la comparecencia del imputado al proceso se efectuaba, por regla, en estado de privación de libertad. Es que se partía de la base de una presunción de culpabilidad del sindicado como autor de un delito, estando a su cargo —con todas las dificultades imaginables— demostrar su inocencia. El Código Federal de 1888 y varios de los antiguos provinciales siguieron tal sistema; sólo posteriores reformas impusieron un cambio, permitiendo el funcionamiento del instituto de la excarcelación primero y más adelante el de la eximición de prisión y citación.

Si bien puede reconocerse que en la hora actual la regla se ha invertido y que la misma indica que la que prima es la del estado de libertad, como ocurre dentro de los procedimientos predominantemente acusatorios del ámbito anglosajón, es evidente que dentro de los países que responden a influencias inquisitivas, como los latinoamericanos, la mayor parte de la población carcelaria es la del preso sin condena⁹.

Dentro de la actual legislación, las medidas cautelares personales, son las siguientes:

a) *Aprehensión*. El término destaca la circunstancia fáctica de tomar o detener a alguien. En el sentido de la mayor parte de la legislación vigente se trata de una medida sin orden judicial y caracterizada por la inmediatez de la reacción respecto de la comisión de un hecho de apariencia delictiva. Su justificación se encuentra en la flagrancia, es decir, concomitancia con la comisión, hablando las normas pertinentes de que procederá cuando una persona intente cometer un delito, en el momento de cometerlo, inmediatamente después o cuando es perseguido. Pareciera que en todos estos casos se da una evidencia del delito y ello permite que la medida sea ejecutada por los particulares y, por supuesto, por la po-

⁹ CARRANZA, Elías; MORA, Luis; HOUED, Mario y ZAFFARONI, Eugenio R., *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*, en *Doctrina Penal*, N° 20, Buenos Aires, 1982.

licia, que no sólo tiene al respecto la facultad de hacerlo, sino el "deber".

Su duración es fugaz. En el caso del particular, tiene que proceder de inmediato a la entrega del aprehendido a la autoridad policial o judicial.

Entre los supuestos de aprehensión sin orden judicial que presentan más aspectos ejecutivos que cautelares, los códigos mencionan la de quien se fugare estando legalmente preso.

b) *Arresto*. Como lo definí en mi *Curso...*¹⁰, se trata de una medida que es una forma abreviada de detención, sujeta a necesidades investigativas y que procede cuando, por las modalidades del hecho, no resulta posible la individualización del autor. Ocurre en los inicios investigativos y se dirige a un grupo presente al momento de la comisión del suceso, entre cuyos integrantes se presume se encuentra el o los autores. Su duración es breve, supeditada al tiempo necesario para recibir las declaraciones.

c) *Detención*. Cafferata Nores¹¹ la define como la privación de libertad impuesta al imputado para hacerlo intervenir en el proceso.

En similar idea, de Olazábal¹² sitúa correctamente el tema dentro de los supuestos de comparecencia del imputado a la causa.

Ya indicamos que tradicionalmente era la manera en que se convocaba al justiciable al proceso. Para que procediese, debía darse el estado de sospecha suficiente para la convocatoria a prestar declaración y tal vinculación debía ser relativa a un delito abstractamente conminado con una pena de prisión.

¹⁰ VAZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo, *Curso de Derecho Procesal Penal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1985, p. 273.

¹¹ CAFFERATA NORES, ob. cit., p. 59.

¹² DE OLAZABAL, Julio, *La libertad del imputado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1991.

En los dos supuestos anteriores, por imperio del principio de delegación, puede procederse sin orden judicial. En cambio, esta medida es facultad del juez instructor e implica un sumario juicio de mérito, ya que el magistrado ponderará para su procedencia que el delito de que se trate tenga pena privativa de libertad que no haga posible una condena de ejecución condicional, o que se rehuirá la acción de la justicia o se entorpecerá la investigación; fuera de estos supuestos, corresponderá la citación.

La orden correspondiente debe ser expresa y escrita.

La legislación procesal admite también supuestos de detención sin orden judicial, otorgando a la policía tal facultad, regulada en supuestos estrictos. Pero de todas maneras, en tales casos la autoridad policial deberá poner al detenido, dentro de plazo perentorio, a disposición del instructor.

La tendencia correcta es que, salvo los supuestos excepcionales a los que nos hemos referido al hablar de la aprehensión, toda privación de libertad debe surgir de una disposición judicial, debidamente fundada y razonablemente justificada.

d) *Incomunicación*. Este particular medio coercitivo registra un evidente linaje inquisitivo y demuestra a las claras que pretendía privar al imputado, objeto de la investigación, de todo contacto exterior, de todo asesoramiento. En realidad, más que procurar el éxito instructorio, tendía a facilitar la confesión sobre la cual descansaba todo el edificio probatorio.

Si bien puede admitirse que hay situaciones en que la medida encuentra justificación en las particularidades del caso y el imputado puede hacer desaparecer pruebas o dar instrucciones para que ello ocurra, tales supuestos son excepcionales y, como tales, deben interpretarse restrictivamente.

La vieja regla de la comparecencia del imputado detenido e incomunicado, ha ido afortunadamente modificándose.

La incomunicación aparece como un agravante de la de-

tención y opera con anterioridad a la declaración del imputado, lo que evidencia el sentido a que nos hemos referido.

A pesar de que durante mucho tiempo la práctica habitual no lo reconocía, era indudable, desde un punto de vista sistemático, que la incomunicación no podía abarcar al contacto con el defensor técnico. Señala Cafferata Nores¹³ que habida cuenta de que el instituto “no tiene por finalidad restringir el derecho a la asistencia técnica, debe permitirse la comunicación del imputado con su defensor inmediatamente antes de la declaración indagatoria”, lo que asimismo aparece reafirmado por lo dispuesto en el artículo 8º, inciso 2º, apartados d y e, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ley 23.054, y legislado de modo expreso dentro del actual Código Procesal Penal de la Nación.

Por otra parte, acentuando lo señalado, existe coincidencia doctrinaria y obra en proyectos y textos legales, que la presencia del defensor debe darse inexcusablemente en todos los actos del proceso y, más aún, en los preparatorios, que han sido por lo general aquellos donde se han producido notorias irregularidades. La presencia del defensor aparece como una condición o requisito de legalidad y abarca de modo expreso y directo la libre comunicación con su defendido, ya que ello hace a la función de asistencia.

En síntesis: esta medida, de neto corte inquisitivo, sólo podrá justificarse por necesidades estrictas derivadas de un peligro cierto de deliberado entorpecimiento de la investigación y jamás puede abarcar el contacto con el defensor.

e) *Prisión preventiva*. El carácter de la detención es eminentemente provisional y se fundamenta en las urgencias de los primeros momentos investigativos. Pero avanzada la instrucción y habiendo prestado el imputado declaración indagatoria, urge resolver su situación, lo que en los códigos del

¹³ CAFFERATA NORES, ob. cit., p. 64.

sistema mixto que disciplinan la instrucción formal se hace mediante el auto de procesamiento, asentado sobre un mérito incriminante en grado de probabilidad. Y conjuntamente con este decisorio, se dispondrá, si correspondiere, el que atañe a la denominada prisión preventiva, que si bien materialmente no difiere de la detención, jurídicamente exige el ya indicado avance en orden a la acreditación de la autoría culpable derivada de la atribución delictiva.

El Código Federal de 1888 no preveía el procesamiento como auto posterior a la indagatoria, sino, al contrario, el procesamiento para convocar la declaración; de tal manera, el dictado de la prisión preventiva apareció, en la práctica, como el equivalente del juicio de mérito instructorio de los códigos del sistema mixto.

Es interesante recordar lo que advierte de Olazábal¹⁴ sobre que la idea del instituto, de inspiración y procedencia inquisitiva, era que “ante la probabilidad de responsabilidad penal se imponía el encierro preventivo como regla y no como excepción”, lo que en la actualidad aparece modificado, toda vez que —aunque parezca contradictorio desde un punto de vista lógico— en el mismo auto de prisión preventiva puede confirmarse la libertad provisional de que goza el justiciable.

El Código de Córdoba regula la cuestión bajo la denominación precisa de “Medidas de coerción”, estableciendo las siguientes: citación (art. 271), detención, incomunicación (excepcional y que no comprende al defensor), arresto, aprehensión en flagrancia, aprehensión privada y prisión preventiva.

5. El tema dentro de la exégesis constitucional

Se trata de avanzar ahora en torno a la búsqueda de firmes criterios interpretativos para analizar lo debido en relación a las medidas cautelares de coerción personal que

¹⁴ DE OLAZABAL, ob. cit., p. 66.

hemos puntualizado. Para ello debemos, por un lado, tener en cuenta las características de las mismas tratadas en el punto 2 y, por el otro, englobando ambos aspectos, lo que nos dice en su letra y espíritu la Constitución Nacional.

En verdad, no puede haber válida construcción doctrinaria ni legal sobre el proceso penal que no se asiente sobre una exégesis constitucional, como lo dice Maier¹⁵, siguiendo a Vélez Mariconde¹⁶, afirmando que el Derecho Procesal Penal no es sino "Derecho Constitucional reformulado" o "reglamentado".

Esta línea general de interpretación resulta en nuestro país de imprescindible puntualización, ya que la evolución procesal no siguió, como hubiese sido dable esperar, en la senda marcada por la normatividad fundamental. Más aún: como fue advertido con energía y claridad por Tomás Jofré a principios de siglo "el Derecho Procesal argentino [...] pertenece por su filiación histórica al siglo XVIII. Es retrógrado, inquisitivo y contrario a las constituciones políticas del país"¹⁷. El mencionado autor criticaba ya en aquella época la forma escrita, el régimen de pruebas legales, "los jueces permanentes", la dilación de los trámites y "el desamparo de los acusados", defectos que las reformas posteriores morigeraron, pero no lograron transformar por completo.

A la luz de la experiencia histórica, parece claro que hubo una voluntad política de tinte diametralmente opuesto a lo establecido como modelo constitucional, la que no obstante su profundo descalabro, se mantiene en sus líneas directrices¹⁸.

¹⁵ MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal argentino*, Hammurabi, Buenos Aires, 1989, t. I-A, p. 195.

¹⁶ VELEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, Lerner, Córdoba, 1981.

¹⁷ JOFRE, Tomás, *Prólogo al Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires*, 1915.

¹⁸ VAZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo, *Crisis de la justicia penal*, en *Doctrina Penal*, N° 39, y *El Derecho Penal en la democracia*, en *Revista de Estudios Procesales*, N° 37; GANON, Gabriel, *Crisis del sistema de enjuiciamiento penal argentino*, en *Revista de Jurisprudencia Provincial Buenos Aires*, vol. I, N° 5, junio 1991.

De tal manera, el sistema garantista pulcramente diseñado en el artículo 18 de la Constitución Nacional y la postulación de un modelo acusatorio que surge del énfasis en mandar el establecimiento del juicio ante jurados, quedó, en el mejor de los casos, como una declaración retórica, como una simple orientación escasamente respetada.

El esquema constitucional nos brinda, claras, las siguientes pautas interpretativas, lo que ya se ha puntualizado al tratar del paradigma constitucional y del análisis de las garantías, pero que, dada la directa incidencia sobre la cuestión que ahora nos ocupa, resulta útil repetir:

a) *Estado jurídico de inocencia del imputado*. Ello surge implícito de la idea del juicio previo, ya que si nadie puede ser penado sino como resolución conclusiva luego de un proceso regularmente tramitado, es decir, ante jueces naturales, sin coacciones indebidas ni quebrantamientos ilegales de la privacidad y con ejercicio de la defensa, es, simple y lógicamente, porque “antes” de tal resolución el justiciable se reputa inocente, no culpable. Se hace el proceso, como medio legal de conocimiento jurídico, para determinar la autoría y la consecuente responsabilidad penal del inculpado.

No es que se lo “presuma” inocente, sino que “es” inocente hasta tanto se determine legalmente lo contrario.

Lo que ocurre es que se presentan casos en los que la “apariencia” de delito es de tal índole que puede, verosimilmente, presentarse una presunción de culpabilidad, lo que exige una profundización inicial de la cuestión cuando se trata de justificar medios duros de coacción limitativos de la libertad, los que en todo supuesto deben ser de carácter restrictivo, excepcionales y debidamente avalados por el material probatorio existente.

b) *Necesidad mediata del proceso*. La Constitución prohíbe la reacción inmediata ante el delito. Para la aplicación de la sanción penal debe necesaria e inexcusablemente mediar

el proceso. No puede haber anticipación alguna de pena. Y tal proceso es el "debido", según el esquema garantista previsto en el artículo 18 y en los principios que de él se derivan.

c) *Proceso acusatorio*. El énfasis puesto por los constituyentes en mandar reiteradamente que el juicio criminal debe ser ante jurados, a más de remitirnos con claridad a los antecedentes anglosajones, diametralmente distintos al sistema inquisitivo, lleva, como bien lo advirtió Maier, a concluir que, por la propia mecánica de tal tipo de enjuiciamiento, el mismo debe ser necesariamente actuado y oral, público, continuo, con inmediación probatoria y contradictorio, ya que no puede concebirse otra manera de realizarse.

Es evidente que todo esto tiene una incidencia directa sobre las medidas cautelares, por lo que al respecto, especialmente en los sistemas de investigación fiscal preparatoria, se arbitran contradictorios sumarios para la resolución incidental del tema.

Por último debe señalarse que el Código de la Provincia de Santa Fe contiene en su artículo 306 una clara regla sobre la materia, cuya precisión exime de mayores comentarios: "La libertad personal sólo podrá ser restringida, de acuerdo a las disposiciones de este Código, en los límites absolutamente indispensables para asegurar el descubrimiento de la verdad y la actuación de la pretensión punitiva".

De todas maneras y desde un punto de vista teórico, es indudable que resulta difícil una justificación de las medidas de encarcelamiento preventivo, ya que el mismo constituye de hecho y a los efectos reales una imposición punitiva previa a la sentencia, lo que hace cuestionable el título de tal coerción que choca notoriamente con el estado jurídico de inocencia.

Sin embargo, sería ingenuo negar, como ya lo apuntamos al inicio del presente capítulo, que existen situaciones en las que de no recurrirse a medios asegurativos se diluiría toda

posibilidad de seguir adelante con el proceso, lo que tiene que ver con la declaración preambular del objetivo de la unión nacional y organización estatal para afianzar la justicia. De la misma manera, se ha buscado fundamento constitucional para la privación cautelar de libertad en el mismo artículo 18 en cuanto la norma habla de la facultad de arresto de las autoridades competentes, lo que indica la posibilidad de imponer restricciones a la libertad dirigidas a efectivizar los fines de los procedimientos necesarios para la actuación del Derecho sustantivo que se postula violado. Del sentido de los dos preceptos citados puede deducirse la existencia constitucional de la facultad coactiva de los órganos de justicia, lo que por otra parte se ha explicitado en torno a los requerimientos que demuestran la necesidad de tal tipo de coacciones, hablándose al respecto de una "peligrosidad procesal" que surgiría de una actitud renuente del inculpado respecto de su presencia en la causa y en la condena y/o de actividades tendentes a hacer imposible o dificultar la investigación.

La idea encontró cierta aceptación dentro de la doctrina, toda vez que diferenciaba el tema de consideraciones sustantivas y establecía parámetros distintos a los de la peligrosidad sustantiva, de nítida progenie positivista, pero un análisis más atento revela insuficiencias e incluso consecuencias no queridas por sus propios formuladores. En efecto: ¿cuáles son los criterios para establecer tal peligrosidad? Es de evidencia que no basta el criterio de rehuir a la acción de la justicia, tema que, por otra parte, podría solucionarse adecuadamente con la posibilidad de la realización del juicio en rebeldía; tampoco lo de dificultar la investigación, ya que por los propios principios de la carga probatoria no corresponde al imputado favorecerla e, igualmente, existen medios idóneos para evitar entorpecimientos.

Entendemos que, en realidad, las medidas de coerción pro-

cesal sólo encuentran explicación en la necesidad asegurativa, susceptible de ser graduada de acuerdo con las circunstancias del caso, recurriéndose al encierro sólo en casos imprescindibles y por un tiempo acotado, toda vez que la misma idea de “arresto” de que habla el texto constitucional conlleva la idea de brevedad de la medida. Por supuesto que la cuestión se relaciona con la de la duración de los procedimientos, lo que obliga a extremar los recaudos para la debida celeridad de los mismos¹⁹.

6. Los medios legales para la recuperación de la libertad del imputado detenido

Ya está suficientemente en claro que a diferencia de lo que ocurría dentro del proceso inquisitivo y de sus derivaciones, la regla es la comparecencia del imputado al proceso en estado de libertad, resultando la excepción la privación cautelar de la misma. A ello contribuyen institutos como el de la citación y la exención de prisión. Pero cuando por cualquier motivo encontramos que el imputado ha llegado al proceso privado de su libertad, o bien se ha dispuesto la detención durante el transcurso del mismo, toca analizar los medios previstos para la recuperación de tal libertad²⁰.

A) Excarcelación

Dado que en la evolución legislativa la línea estuvo marcada por un partir de la detención como regla y por la posterior

¹⁹ Hace ya varios años traté el tema en: VAZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo, *El proceso penal: teoría y práctica*, Universidad, Buenos Aires, 1986, Cap. XI.

²⁰ Sobre el particular: MAIER, Julio B. J., *Cuestiones fundamentales sobre la libertad del imputado y su situación en el proceso penal*, Lerner, Buenos Aires, 1981; CARRIO, Alejandro, *La libertad durante el proceso y la Constitución Nacional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988; PESSOA, Nelson, *Fundamentos constitucionales de la exención de prisión y de la excarcelación*, Hammurabi, Buenos Aires, 1992; DE OLAZABAL, ob. cit.; VAZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo, *La defensa penal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996.

consideración de la procedencia de la restitución de la libertad, la mayor parte de los análisis doctrinarios siguieron esta dirección, estudiando los supuestos de procedencia, por lo que los aportes sobre el tema fueron variados y ricos. En realidad, casi todo el trabajo sobre la materia giró en torno a los supuestos excarcelatorios, por lo que el abordaje del instituto pertinente motivó una atención preponderante.

De una manera inicial, siguiendo el mismo sentido del término, podemos decir que la excarcelación implica poner en libertad a quien está privado de ella, lo que desde ya marca una clara diferencia con institutos que tienden, a la inversa, a evitar el encarcelamiento, tales como la citación y la exención de prisión.

De tal modo, la excarcelación es el medio de recuperación de libertad del imputado detenido, lo que opera a pedido de parte o de oficio, por resolución judicial. Toda vez que la restitución de la libertad se hace bajo determinadas cauciones, que luego trataremos en detalle, se ha denominado también al instituto como "libertad caucionada".

La legislación establece un esquema de procedencia fundamentalmente objetivo que toma como pauta determinante la atribución delictiva, esto es, la índole y entidad del delito imputado, cuya gravedad, de acuerdo con la pena abstractamente conminada, fija los límites del otorgamiento.

La regla básica que gobierna tanto a la exención de prisión, la citación y la excarcelación es la de la procedencia de una eventual condena de ejecución condicional que, como se sabe, opera hasta un tope de tres años de prisión, por lo que en realidad el punto central está dado por el mínimo punitivo establecido en la respectiva figura sustantiva. La idea luce razonable ya que de no ser así se violaría el principio de proporcionalidad que preside el sentido y justificación de las medidas cautelares, en virtud de que carecería de toda justificación un encierro preventivo cuando es desde todo punto

de vista posible que la condena no resultara de cumplimiento efectivo.

El Código nacional comienza analizando los supuestos de la exención de prisión, aplicables a la excarcelación, en los que se determina que será procedente en supuestos de imputación de delito con pena no superior a ocho años o cuando estimare *prima facie* que procederá condena de ejecución condicional.

El trámite excarcelatorio tiene formulación incidental, con vista al Ministerio Público, resultando la resolución atacable por apelación interpuesta por la defensa y la fiscalía.

B) *Supuestos obstativos de la excarcelación.*

Por lo común los códigos determinan de modo expreso los casos en los que la excarcelación es improcedente. De acuerdo con las pautas objetivas, no corresponderá en aquellos supuestos en los que la atribución lo es por delitos cuya conminación punitiva excede los máximos previstos y una eventual condena no podría ser de ejecución condicional.

La regulación pertinente, como la prevista en el artículo 338 del Código Procesal Penal de Santa Fe, contempla casuísticamente diversas hipótesis obstativas que, a más de los criterios objetivos, atiende a las características del autor, tales como su condición de reincidente o de rebelde, carencia de domicilio, antecedentes y peligrosidad; también han sido fijados como obstáculos un número precedente de excarcelaciones y en más de una ocasión, categorías determinadas de delitos entendidos como inexcarcelables.

El artículo 319 del Código Procesal Penal de la Nación establece la posibilidad de negar la excarcelación tomándose en cuenta la valoración de las características del hecho, "...la posibilidad de la declaración de reincidencia, las condiciones personales del imputado o si éste hubiere gozado de excarcelaciones anteriores, circunstancias todas que conduzcan a

un juicio valorativo que lleve a presumir, fundadamente...”, que se intentará eludir la acción de la justicia o entorpecer las investigaciones. Respecto de la declaración de reincidencia, la norma remite al Código Penal toda vez que la misma impide la condena de ejecución condicional.

No hace falta afinar extremadamente el análisis para advertir la dudosa constitucionalidad de este tipo de disposiciones y su correspondencia a criterios sustancialistas y positivistas. Por lo general, ha existido una buena doctrina judicial que ha ido descalificando o, al menos, limitando estrictamente tales causales. Al respecto, bien observa D’Albora que la decisión denegatoria debe explicitarse a través de auto y que la correcta fundamentación resulta de extrema importancia, “ya que sus premisas no deben aparecer como meras afirmaciones irrazonadas”, siendo una neta exigencia la de que se basen en “circunstancias acreditadas en la causa”²¹.

C) Cesación de prisión

Este supuesto refiere a situaciones diferentes a las contempladas de modo estricto dentro de lo que la mayoría de los códigos regulan para la excarcelación; más aún: pareciera orientarse a casos en los cuales la exención de prisión y la excarcelación planteada en los momentos iniciales no ha sido procedente, encontrándose el imputado privado de su libertad durante un tiempo considerable que es, precisamente, el que habilita el instituto.

El Código nacional contempla dentro del artículo 317 tanto las hipótesis que la mayoría de los digestos mixtos agrupan dentro de la denominación de excarcelación, haciéndolo en su inciso 1º, como las que más correctamente corresponde situar como cesación de prisión. Así, el inciso 2º habla de que corresponde excarcelar “cuando el imputado hubiere cumplido en detención o prisión preventiva el máximo de la pena

²¹ D’ALBORA, ob. cit., p. 406.

prevista por el Código Penal...” para el delito atribuido. La justicia de esta disposición surge nítida, ya que resulta simplemente absurdo pensar que alguien puede encontrarse cautelarmente privado de la libertad por un tiempo mayor que el correspondiente a la sanción punitiva máxima establecida en la figura sustantiva pertinente. Lo contrario significaría que se cautelara algo mayor y más gravoso que la pena, desvirtuándose por completo el sentido de una medida asegurativa. Por otra parte, la sola existencia de esta norma es reveladora de la grave distorsión del uso de la prisión preventiva que, en muchos casos, se prolonga por un tiempo exagerado, lo que también demuestra la larga duración de los trámites. La norma describe la situación en la que la pretensión punitiva que correspondiere se ha agotado por una previa imposición de pena, haciendo desaparecer todo título justificativo de la prolongación del encierro, que devendría ilegal, sin justificación posible y más allá de cualquier regulación procesal, colocando el hecho dentro de la previsión del artículo 270 del Código Penal²², lo que obliga al órgano jurisdiccional a proceder de oficio, según lo dispuesto en el artículo 318 del rito nacional.

El inciso 3º pareciera orientarse hacia una situación de alguna similitud a lo anterior. La norma habla de que la restitución de libertad será procedente “cuando el imputado hubiere cumplido en detención o prisión preventiva la pena solicitada por el fiscal, que a primera vista resultare adecuada”. Lo establecido no ofrece dificultades interpretativas en aquellos ordenamientos procesales, como el anterior Código Federal, dentro de los cuales uno de los requisitos del escrito acusatorio consiste en la concreción de la pretensión punitiva, por lo que desde la misma apertura del plenario se conoce

²² CAFFERATA NORES, José Ignacio, *Procedencia de la excarcelación por el tiempo de prisión preventiva sufrida aun a falta de norma procesal expresa*, en J. A. 1980-III-381.

el monto de la pena solicitada. Pero circunscripto a lo que es regla dentro de la regulación mayoritaria, en la cual el fiscal concreta la petición sancionatoria al formular las conclusiones, es decir, al final de la audiencia de debate, pareciera que la disposición carece de operatividad, ya que nos encontramos ante el momento conclusivo. Sin embargo, puede pensarse que el precepto devendría aplicable en casos en los que de acuerdo con el encuadre legal hecho por el Ministerio Público en su requisitoria de elevación a juicio se produce una modificación normativa que posibilita la excarcelación. Es la hipótesis que surge del artículo 331 del Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe que establece que cesará la prisión “cuando hubiere elementos de juicio para concluir que en caso de condena el procesado no sufrirá privación efectiva de libertad superior a la que hubiere cumplido preventivamente...”

En el inciso 4º se prevé la situación de que el imputado hubiere cumplido la pena dispuesta en una sentencia que no se encuentre firme, es decir, que haya sido atacada a través de algún recurso que implique efecto suspensivo. En los ordenamientos que disciplinan el juicio oral de única instancia, el medio impugnativo procedente es el extraordinario de casación y/o el de inconstitucionalidad, los que según el artículo 442 tienen efectos suspensivos. La hipótesis es la de que el monto punitivo fijado en el pronunciamiento ha sido ya consumido en prisión preventiva y, no obstante ello, la sentencia ha sido atacada por alguna de las partes para ello legitimada, por lo que la cuestión se resolverá en definitiva ante el tribunal superior, pero hasta tanto ello ocurra el justiciable recupera su libertad.

En los supuestos de procedimientos escritos en los cuales la sentencia es impugnabile por la vía del recurso de apelación, existen normas específicas que disponen de manera similar a lo que se ha indicado respecto del Código federal y de los

procesos mixtos; el artículo 402 del Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe, en su inciso 11, manda que “si el procesado estuviere privado de su libertad y la sentencia fuere absolutoria, dispondrá la libertad bajo caución hasta tanto quede firme...”; de la misma manera se procederá en los supuestos en que fuere condenatoria y dispusiere libertad condicional o que diere por cumplida la pena dispuesta.

En el último inciso de la norma nacional analizada se trata de la situación en que sería aplicable la condena condicional; para determinar tal procedencia, se deberá tener en cuenta la calificación legal del auto de procesamiento o la requisitoria de elevación a juicio, lo que se integrará interpretativamente con las disposiciones del artículo 13 del Código Penal.

A lo señalado corresponde agregar aquellas disposiciones que limitan la duración del encarcelamiento preventivo y que derivan de los instrumentos internacionales. La ley 24.390 establece un plazo de dos años, que puede excepcionalmente prorrogarse. De igual modo, encontramos en los códigos provinciales preceptos que limitan temporalmente la prisión preventiva durante la etapa instructoria.

El Código de Córdoba reúne los supuestos considerados en su artículo 283 estableciendo reglas de índole general que permiten una consideración acorde a las circunstancias particulares del caso; en el inciso inicial sienta la regla de que cuando aparezcan nuevos elementos de juicio que contradigan la probabilidad de la participación punible en el hecho investigado, o resulte procedente una condena de ejecución condicional, o se demostrare que no rehuirá la acción de la justicia ni entorpecerá la investigación, según las disposiciones obstativas del artículo 281, el imputado podrá recuperar la libertad, lo que se reafirma en el inciso 2º diciéndose que igualmente será procedente la libertad cuando la privación “no fuere absolutamente indispensable para

salvaguardar los fines del proceso". Los siguientes dos incisos contemplan hipótesis semejantes a las analizadas con respecto a la legislación nacional.

D) *Libertad por falta de mérito*

El Código de la Provincia de Santa Fe contiene una interesante disposición que es la relativa a la determinación, en casos particulares, de la innecesariedad del mantenimiento de la prisión preventiva en supuestos en los que, por el sistema vigente, no es procedente la excarcelación. Es lo que el Digesto mencionado denomina como libertad por falta de mérito, que no debe confundirse con el auto de falta de mérito que se dispone en la oportunidad de resolverse la situación del imputado y cuando no existe la probabilidad necesaria para el procesamiento ni la evidencia que funda el sobreseimiento; falta de mérito que, de encontrarse el imputado detenido, motivará su inmediata soltura.

El instituto incorporado al Código santafesino tiene visos de novedad y de anticipación de tendencias y refiere de modo exclusivo a un análisis de las condiciones que justifican el mantenimiento del encarcelamiento, con independencia de los autos de mérito instructorio respecto de la procedencia de la imputación.

El artículo 308 del Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe establece que "una vez prestada indagatoria, si el imputado estuviere detenido y no fuere procedente la libertad caucionada o bajo promesa, si el juez no encontrase mérito para mantener la detención, por resolución fundada, dispondrá la soltura de aquél, sin perjuicio del resultado de la ulterior investigación", señalando a continuación que resultan aplicables las disposiciones relativas a la libertad caucionada. La citada disposición responde al texto de la ley 10.306 de 1989 y tiene origen, con modificaciones, en las anteriores versiones de las leyes 6740 y 8774. Como

surge de las propias palabras del texto legal, las condiciones de operatividad del instituto son: que el imputado haya sido convocado a prestar declaración indagatoria, que se encuentre cautelarmente privado de libertad, que no resulte procedente su soltura conforme a las pautas objetivas de las disposiciones reguladoras de la excarcelación y que conforme a las particularidades subjetivas el juez entienda que no existen razones para mantener el encarcelamiento, que puede ser sustituido por la libertad bajo alguna de las cauciones legales.

Bien advierte de Olazábal que el valor de la norma radica en la inserción de una pauta subjetiva dentro del esquema tradicional de condicionamientos objetivos²³, guardando correspondencia interpretativa y de sentido con el criterio general del ya mencionado artículo 306 del mismo digesto. Sin embargo, la incorporación legislativa no ha registrado una doctrina judicial, advirtiéndose más bien una renuencia a la aplicación del instituto. En este aspecto, los órganos de aplicación se han mantenido notoriamente apegados al esquema de pautas objetivas y a una utilización del encarcelamiento como anticipo punitivo, reflejando una tendencia notoriamente conservadora sobre esta materia.

7. Cauciones. Medidas asegurativas alternativas

En todas las situaciones, la comparecencia del imputado al proceso es de carácter obligatorio. La índole del proceso penal es coactiva. Aun en las hipótesis de concurrencia en libertad, la misma se encuentra sujeta a condiciones que aseguren el cumplimiento de los requerimientos. Tales condiciones, es decir, determinados compromisos asumidos para asegurar la observancia de lo establecido, son las denominadas cauciones.

²³ DE OLAZABAL, ob. cit., p. 169.

“Caucionar”, del latín *cautio* significa precaver, tomar precauciones para evitar una circunstancia dañosa o perjudicial, la que en el caso que nos ocupa, es el incumplimiento de las obligaciones procesales por parte del imputado. Precisamente, la decisiva circunstancia de que la libertad personal se conserva o recupera de forma condicionada ha llevado a que con frecuencia se haya denominado a la materia excarcelatoria como la relativa a la “libertad caucionada”.

El artículo 320 del Código Procesal Penal de la Nación establece que tanto la exención de prisión como la excarcelación se concederán, según los casos, bajo caución juratoria, personal o real. El segundo párrafo define el sentido del instituto, señalando que el exclusivo fin de la caución es el de asegurar que el imputado cumplirá las obligaciones contraídas y las órdenes del tribunal, sometiéndose, si correspondiere, a la ejecución de sentencia. De tal modo, aparece configurada una garantía del acatamiento de las disposiciones procesales, idea sobre la que se ha avanzado para restringir notoriamente los casos de encarcelamiento preventivo.

La *caución juratoria* es la promesa o compromiso que efectúa el propio imputado que, a través del acta respectiva, asevera su sometimiento a las condiciones legales que, en lo básico, consisten en establecer domicilio y no modificarlo sin autorización, no ausentarse de determinado ámbito geográfico y concurrir cada vez que sea citado. El artículo 321 del Código nacional, coincidente con los digestos provinciales, establece como regla la caución juratoria, que se define como “la promesa jurada del imputado de cumplir fielmente las condiciones impuestas...”, lo que significa que, en realidad, no nos encontramos ante una caución en sentido estricto, sino ante un compromiso de índole personal, la denominada *libertad bajo palabra*, cuyo incumplimiento generará consecuencias

procesales al propio imputado, pero no la ejecución de garantía alguna.

La *caución personal* es el establecimiento de una fianza constituida solidariamente por el imputado con uno o más fiadores por una suma a pagar en caso de incumplimiento de las obligaciones contraídas. El fiador comparece voluntariamente al proceso a los efectos de establecer una garantía por una suma de dinero fijada prudencialmente por el juez al único objeto de hacerse efectiva en supuesto de incumplimiento de las obligaciones procesales del imputado, a cuyo favor se presenta, para mantener o recuperar su libertad durante el curso de la causa. Por lo común debe demostrar solvencia y, en todos los casos, firmar el acta de fianza. La suma establecida debe mantenerse dentro de criterios razonables y no aparecer como un obstáculo impeditivo, siendo su estimación relacionada con lo que busca asegurarse, es decir, el cumplimiento procesal y no necesariamente proporcional a los eventuales daños, ya que la medida no se dirige a proteger posibles pretensiones resarcitorias o costas procesales, sino únicamente al efecto de evitar que el justiciable se sustraiga al trámite.

La *caución real* consiste en depósito de dinero, efectos públicos o valores cotizables o constituyendo prendas o hipotecas por la cantidad que se fije, con las mismas características y efectos que la personal. Los depósitos se hacen a la orden del órgano jurisdiccional que corresponda, pudiendo efectuarlos tanto el propio imputado como un tercero.

Es evidente que los tres tipos de cauciones considerados guardan una relación de menor a mayor, siendo la real la de índole más gravosa. Al respecto, el artículo 324 del Código Procesal Penal de la Nación, tercer párrafo, dispone: "Esta caución sólo será procedente cuando de las circunstancias del caso surgiera la ineficacia de las modalidades de las dos cauciones precedentemente establecidas..."

Como surge de lo considerado, el tema de las cauciones responden a una operatividad asegurativa en sustitución de la medida del encarcelamiento. Esta línea corresponde a lo que puede entenderse como una tendencia creciente que ha ido evolucionando hacia una ubicación de la privación de libertad como *ultima ratio* del sistema. Como hemos expuesto, se partió de la detención como regla y de la excarcelación como excepción, entendiéndose en la actualidad precisamente lo contrario: la norma es la libertad caucionada y la excepción la prisión.

En esa inteligencia, el Proyecto de Santa Fe dispone en su artículo 195 lo que denomina como *Alternativas a la prisión preventiva*, estableciendo que “siempre que el peligro de fuga o de entorpecimiento probatorio pudiera razonablemente evitarse por aplicación de otra medida menos gravosa para el imputado, el tribunal impondrá ésta en lugar de la prisión”, enumerando entre tales la de someterse el imputado al cuidado de una institución o de una persona, quien tendrá obligación de informar en forma periódica al órgano jurisdiccional; la obligación de presentaciones regulares ante una autoridad que se designe; la prohibición de ausentarse de un determinado ámbito territorial o de concurrir a ciertos lugares o de comunicarse con alguien; a más de la promesa jurada o las cauciones patrimoniales. De igual modo, el artículo 196 norma sobre la posibilidad de que el tribunal, de oficio o a petición de parte, atenúe o morigere los efectos de las coerciones dispuestas en función de las condiciones del imputado y del suficiente aseguramiento de los fines cautelares perseguidos, pudiendo disponer en tal sentido la prisión domiciliaria, las salidas temporarias del encarcelamiento para la prosecución de su actividad laboral y el mantenimiento de sus vínculos afectivos y familiares, o su ingreso en instituciones educadoras o terapéuticas. Todo esto de una manera fundada, disponiéndose a través de audiencias en las que se

ponderen las circunstancias particulares de cada caso y no de una manera mecánica y objetiva.

El reciente Código de la Provincia de Buenos Aires regula sobre esta materia, estableciendo supuestos alternativos.

8. La acción de hábeas corpus

El hábeas corpus es uno de los institutos de más antiguo linaje entre los destinados a la recuperación de la libertad, pudiendo mencionarse entre sus antecedentes remotos el interdicto romano de *homine libero exhibendo* regulado en el Digesto (“exhibe al hombre libre que retienes con dolo malo”) y, dentro del Derecho anglosajón, las disposiciones de la Carta Magna inglesa, la *Habeas Corpus Act* de 1679, y el *Bill of Rights* de 1688, y dentro de la legislación foral española el *Juicio de manifestación* del Reino de Aragón, y las disposiciones del Fuero de Vizcaya²⁴. Más cercanas a nuestro tiempo, la mayoría de las constituciones europeas lo consagran²⁵, apareciendo también dentro de los instrumentos internacionales (Declaración de Derechos Humanos de 1948, Convención de Roma para la protección de los Derechos Humanos y de las libertades fundamentales, de 1950, Pacto internacional de derechos civiles y políticos, etc.).

La denominación, de origen latino, reúne las palabras *ha-beas* y *corpus* y puede ser literalmente traducida como “tienes tu cuerpo”.

El instituto ha estado ligado desde sus orígenes al mantenimiento y defensa de la libertad ambulatoria o personal y ha aparecido históricamente como un medio para oponerse a las manifestaciones arbitrarias del poder, para examinar los actos

²⁴ FAIREN GUILLEN, Víctor, *Estudios de Derecho Procesal Civil, Penal y Constitucional*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1983, ps. 315 y ss.

²⁵ El art. 17 de la Constitución española de 1978 consagra entre los derechos fundamentales del individuo el hábeas corpus, tendiente a “producir la inmediata puesta a disposición judicial de toda persona detenida ilegalmente”. Al respecto puede consultarse: GIMENO SENDRA, Vicente, *El proceso de hábeas corpus*, en *Temas claves de la Constitución española*, Tecnos, Madrid, 1985.

de la autoridad y para hacer cesar detenciones ilegítimas o abusivas, apareciendo como una de las herramientas más eficaces en la larga y nunca terminada lucha por el derecho.

En nuestro país, acorde con las ideas libertarias que impregnan el movimiento emancipador, comienza a legislarse sobre el tema en épocas tempranas, ya que obran normas al respecto en el Reglamento de la Junta Conservadora de 1811; su historia puede seguirse a través de diversos intentos de leyes fundamentales tales como los Estatutos de 1813 y 1815 y los diferentes proyectos constitucionales. En la Constitución de 1853 no aparece de manera explícita, aunque no es dificultosa la interpretación que lo hace derivar de manera clara de la redacción y espíritu del artículo 18 en cuanto determina la prohibición de privaciones de libertad sin orden de autoridad competente. En esta inteligencia, el instituto fue caracterizado por Linares Quintana como el “remedio jurídico” que tiene toda persona que ha sido privada o restringida en su libertad por una orden arbitraria o ilegal, a fin de que la disposición coactiva cese de manera inmediata²⁶.

Como disposición específica, aparece en el artículo 20 de la ley 48. El Código de Procedimientos en Materia Criminal de 1888 trató del instituto en los artículos 617 a 645, lo que registró modificaciones, siempre en el orden nacional, mediante las leyes 18.799 y 22.383, rigiendo en la actualidad la 23.098. A su vez, las diferentes provincias regularon sobre el tema ya fuere en sus respectivas constituciones y/o leyes especiales o dentro de los códigos de procedimientos penales.

La reforma de 1994 lo consagra dentro del nuevo artículo 43 que legisla sobre la “acción de amparo”, siguiendo una ubicación similar a la utilizada dentro de la legislación mexicana, y estableciendo que las personas gozan de “acciones expeditas” contra aquellos actos u omisiones de las autori-

²⁶ LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la ciencia del Derecho Constitucional*, t. V, p. 342.

dades o aun de particulares que de modo actual o inminente, restrinjan o alteren o amenacen arbitrariamente derechos y garantías constitucionales. En el último párrafo habla de que “cuando el derecho lesionado, restringido, alterado o amenazado fuera la libertad física, o en caso de agravamiento ilegítimo en la forma o condiciones de detención, en el de desaparición forzada de personas, la acción de hábeas corpus podrá ser interpuesta por el afectado o por cualquiera en su favor y el juez resolverá de inmediato, aun durante la vigencia del estado de sitio”.

En el orden internacional, el hábeas corpus aparece igualmente en diversas constituciones, como la de los Estados Unidos y Brasil. Respecto a cuestiones relativas a la ubicación sistemática del instituto, se lo ha situado dentro del régimen del amparo en sentido amplio, como ocurre en México y comprendiendo todo tipo de actos abusivos. De igual modo, se lo ha estudiado con amplitud dentro del Derecho Constitucional, propiciándose incluso la consideración particularizada dentro de un denominado Derecho Procesal Constitucional²⁷ y en lo que hace al Derecho Procesal Penal se encuentra, en diferentes obras, situado dentro de los denominados procesos especiales o en el régimen recursivo. Pero dado que indiscutiblemente su finalidad específica es lo atinente a hacer cesar, prevenir o morigerar toda privación oficial de libertad que aparezca apartada de fundamentos legales, se entiende que resulta no sólo sistemáticamente correcto, sino didácticamente útil considerarlo en relación a las cuestiones que nos ocupan dentro del presente capítulo.

Lo importante es destacar que este instituto aparece en sus orígenes y evolución histórica y en su actual configuración jurídica como un medio autónomo, informal y sumario des-

²⁷ SAGÜES, Néstor Pedro, *Derecho Procesal Constitucional. Hábeas corpus*, Astrea, Buenos Aires, 1988. En la primera parte de este completo trabajo obran los antecedentes de la evolución del instituto.

tinado al examen de legalidad de medidas coactivas personales y a evitar, corregir o paliar actividades oficiales abusivas en contra de la libertad individual. De ahí que se entienda correcto hablar, como lo hace el texto constitucional, de una "acción" de hábeas corpus²⁸, ya que en el aspecto ahora considerado no es un medio recursivo, sino la promoción de procedimientos específicos. Pero lo cierto es que se ha discutido sobre su naturaleza jurídica. En un sentido similar, también se ha empleado la denominación de "denuncia de hábeas corpus", "demanda de hábeas corpus" y se lo ha estudiado como un procedimiento especial y como interdicto.

Como ocurre con todos los instrumentos al servicio de los derechos fundamentales, el hábeas corpus ha estado ligado a los cambiantes cursos de la realidad política. En los tantos momentos de auge autoritario, el instituto ha encontrado no sólo difícil aplicación, llegándose incluso a diluirse en ficciones inoperantes, tanto por la renuencia de los jueces ante quienes se planteaba como de las autoridades requeridas, sino que hasta ha sido constreñido por modificaciones legales tendentes a quitarle operatividad. La discusión parlamentaria en torno a la que luego sería la ley 23.098 registró todas esas experiencias y buscó concretar un ordenamiento legal eficaz en la defensa de las libertades de los habitantes, lo que aparece reafirmado con claridad a través de la expresa incorporación del precepto citado dentro de la reforma de la nueva Constitución Nacional.

El instituto opera de una manera *preventiva* ante una situación de amenaza o riesgo cierto; como *reparación* de la privación de libertad ya concretada; o como *morigeración* de las condiciones en que la detención se cumple. Esto surge del artículo 3º de la ley 23.098 que manda la procedencia de la acción cuando se denuncie un acto u omisión de autoridad

²⁸ SANCHEZ VIAMONTE, *Hábeas corpus*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XIII, p. 478.

pública que signifique una limitación o una amenaza actual contra la libertad ambulatoria, sin que exista orden escrita de quien conforme a las normas legales tenga competencia, o cuando la medida en cuestión signifique una “agravación ilegítima” de las condiciones en que se cumple la medida de privación de libertad.

La acción de hábeas corpus puede ser promovida por todo aquel que afirme encontrarse en alguno de los supuestos antedichos o por cualquier otra persona en favor del afectado, por lo que la legitimación activa es absolutamente amplia, significando un caso de acción popular. La acción o denuncia puede ser concretada de manera oral o escrita, suministrando los datos de quien la formula, a favor de quién se interpone y demás información que resulte útil para la definición del caso. El juez ante quien se radique no podrá desestimar la presentación invocando defectos formales y, de encontrarlos, deberá proceder a subsanarlos.

Cuando se trate de una persona efectivamente privada de libertad, el juez ordenará de inmediato a la autoridad requerida que presente ante él al detenido conjuntamente con un informe detallado de los motivos en que se pretende fundamentar la medida, la forma y condiciones en que se cumple y la debida información sobre si obra orden de autoridad competente, en cuya hipótesis se deberá acompañar copia de tal orden; si el detenido se encontrase a disposición de otra autoridad, deberán explicarse los datos relativos, y si ignora quién lo mantiene privado de libertad, se librárá orden a los superiores jerárquicos de la dependencia u organismo que corresponda.

En las situaciones correspondientes a la hipótesis de una amenaza actual a la libertad ambulatoria, que hacen operable el hábeas corpus preventivo, se procederá de manera similar a lo señalado respecto al restitutivo.

En todos los casos la ley prevé medios directos y eficaces

de intervención del juez, quien puede impartir órdenes a los funcionarios pertinentes, requerir informes y constituirse personalmente en los lugares de detención, como así mismo disponer lo que resulte necesario para impedir que el detenido resulte trasladado fuera de su jurisdicción.

El procedimiento establece la realización de una audiencia de trámite oral a la que debe concurrir la autoridad requerida y el amparado, cuya presencia resulta un elemento fundamental para comprobar su estado y escucharlo. Las partes pueden contar con asesoramiento letrado y el juez las oirá, examinando las constancias pertinentes. Todo lo acontecido se hará constar en un acta, pasándose luego, de modo inmediato, a la resolución, que deberá ser motivada; el juez se pronunciará por la admisión o rechazo del hábeas corpus; si se acoge la pretensión liberadora, se dispondrá la soltura o, en su caso, la cesación del acto lesivo o su corrección. La decisión es susceptible de apelación ante la Cámara.

Además de lo indicado, la ley 23.098 contiene disposiciones relativas al control del estado de sitio (art. 23, Const. Nac.), estableciendo mecanismos de control de legitimidad de la declaración de la medida y las circunstancias de aplicación al amparado. De igual modo, el artículo 6º dispone que los jueces están facultados para declarar de oficio y en el caso concreto la inconstitucionalidad de normas contrarias a la Constitución Nacional en virtud de las cuales exista orden escrita que disponga la privación de libertad basada en tales preceptos que se declaran ilegales.

Como ya se señaló, junto a esta ley nacional existen preceptos similares en el orden provincial. La Provincia de Santa Fe legisla dentro del Código Procesal Penal (arts. 534 a 548) bajo la denominación de "demanda de hábeas corpus". Se establece que toda persona privada de su libertad o incomunicada en violación de las normas constitucionales o que

considere inminente su detención arbitraria, tiene la facultad de interponer la acción para obtener el cese de la restricción o amenaza. La acción pertenece a cualquier persona y todo juez letrado del lugar resulta competente, debiendo inexcusablemente dar curso al trámite, para el que no hay días ni horas inhábiles. Interpuesta la demanda, se librára comunicación a la autoridad de que se trate para que dentro del plazo de diez horas informe sobre los motivos de la medida. De la misma forma, se establece que el juez hará comparecer a la persona detenida. Si la medida de restricción o amenaza es ilegítima, el magistrado dispondrá su inmediato cese o incumplimiento.

Por último no puede dejar de apuntarse que el instituto también ha sido legislado como *recurso* dirigido a impugnar la procedencia de medidas judiciales de privación de libertad, como acontece dentro del Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires y en el Proyecto de Santa Fe.

9. Conclusiones

Conforme con todo lo expuesto, llegamos a la inevitable conclusión de que el sistema que opera como cautela dentro de nuestro proceso penal es una notoria distorsión de lo que significa una medida precautoria y del sentido constitucional. En realidad, especialmente dentro del proceso escrito, por naturaleza moroso, reservado, discontinuo y de predominio inquisitivo, los medios coactivos operan como un evidente anticipo de pena.

Si bien no puede negarse, como antes lo hemos reconocido, que se da una necesidad cautelar a los fines de asegurar la comparecencia del imputado a la causa, ello debe estar ajustado a una rigurosa temporalidad. Lo determinante es el juicio, que debe producirse lo antes posible, siendo la etapa preparatoria sólo eso, una preparación.

La perversa tendencia de convertir al proceso en una san-

ción y un modo de control social, implica una inversión de valores.

Pero aun manteniendo la sistemática actual, al menos la de los códigos relativamente modernos, el intérprete debe tener en cuenta los fines de la cautela y no atarse únicamente a un sistema de anticipación sancionatoria derivado de la objetividad de la imputación. Deben preverse modos alternativos de la prisión preventiva, los que asegurando el cumplimiento del imputado respecto a las audiencias, no comience, como aún ocurre, por lo que tendría que ser el final.

CAPITULO XVIII

LA CUESTION PROBATORIA

1. Consideraciones generales. La prueba como cuestión central de la práctica judicial penal

Se ha indicado con anterioridad que el fenómeno proceso se integra a través de instancias de postulación, acreditación, alegación y decisión. Lo que se afirma debe demostrarse. Aquello que es sostenido como realmente acontecido, como un determinado hecho de relevancia jurídica, debe ser confirmado. Esta confirmación se logra mediante la prueba.

Los diccionarios definen a la prueba como la razón, el argumento o el instrumento con el que se pretende o logra demostrar la verdad o falsedad de algo. Acorde con esta idea, resulta evidente que lo relativo a la prueba adquiere una importancia decisiva dentro del proceso en general y del penal en particular.

Ahora bien: es sabido que el término, en nuestro idioma, puede indicar objetos que si bien se relacionan, marcan ciertas diferencias que es menester tener en cuenta a los fines de evitar confusiones. Porque bajo la misma palabra designamos la demostración de algo, el resultado final de una actividad demostrativa, o los procedimientos para arribar a ese resultado. Y si bien ambos conceptos guardan correlación, es preciso diferenciar lo que hace a la actividad probatoria, es decir, a la búsqueda, ofrecimiento y producción y a los medios al

efecto regulados, de lo que tal actividad en definitiva produzca. De ahí que hayamos preferido para abarcar todas estas facetas la denominación de “cuestión probatoria”.

Puesto esto en claro y a la luz de los principios que hemos ido explicitando a lo largo de todo este trabajo, sabemos que el imputado contra quien existe una atribución delictiva, se encuentra investido por el precedente estado jurídico de inocencia y sólo puede ser declarado culpable cuando, mediante prueba regularmente traída al proceso, el poder jurisdiccional establece, con grado de certeza, la verdad de una conducta valorada como delictiva.

Puede decirse que la cuestión probatoria ha sido desde antiguo centro problemático de la materia procesal, ya que la conciencia social y los ordenamientos legales exigen una acreditación verificable para la determinación de un litigio. Igualmente sabemos que los criterios con los cuales se produce tal verificación han variado históricamente y se relacionan de modo directo con los métodos de enjuiciamiento.

Desde muy diversas perspectivas puede analizarse el tema, tanto respecto a cuestiones que nos sitúan dentro de una reflexión filosófica sobre la verdad y los modos de conocimiento, como desde un punto de vista de psicología social en torno a las variables históricas sobre la materia, como desde una visión exegética de los diferentes ordenamientos que estructuran los procedimientos probatorios.

No extraña entonces que la bibliografía sobre el tema sea sumamente amplia, tanto la dedicada en forma específica al análisis de los medios y valoración de la prueba, como la que trata del tema dentro de los estudios generales de Derecho Procesal¹.

¹ Al respecto, puede mencionarse: DEVIS ECHANDIA, Hernando, *Teoría general de la prueba judicial*; ELLERO, Pietro, *De la certidumbre en los juicios criminales o tratado de la prueba en materia penal*; GORPHE, François, *La apreciación judicial de las pruebas*; SENTIS MELENDO, Santiago, *La prueba* (incluye una extensa bibliografía sobre el tema); MITTERMAIER, Karl, *Tratado de la prueba en materia penal*; FLORIAN, Eugenio, *De las pruebas penales*; FRAMARINO DEI MALATES-

Igualmente, la normatividad de los códigos pertinentes se ha caracterizado por una minuciosa regulación de todo lo atinente a la prueba, repercutiendo sobre la misma las ideas directrices de los diversos sistemas.

Así mismo, como se verá posteriormente, en orden a esta cuestión se dan arduos problemas, por lo común escasamente tratados dentro de los trabajos tradicionales sobre la materia, que relacionan el tema con la idea de la verdad, con los métodos de producción de la misma y el sistema de ideas imperante, con razones de plausibilidad social y con formas de conocimiento.

Por otra parte, ha sido en el terreno de la adquisición oficial de la prueba donde se han presentado notorias intromisiones del poder estatal sobre el individuo, apareciendo en torno a las mismas importantes aplicaciones de la doctrina constitucional a la que nos hemos referido en los puntos pertinentes. Igualmente, la existencia de medios técnicos altamente eficientes para determinados registros y acreditaciones, genera aplicaciones probatorias que exceden con amplitud los tradicionales enfoques sobre la materia.

Hernando Devis Echandía, en una obra verdaderamente clásica sobre la materia, destaca desde el inicio de su amplio trabajo la importancia que comentamos. Enfoca la cuestión dentro de los lineamientos de la problemática general del Derecho, ofreciendo un vasto panorama de citas pertinentes en las que figuran los pareceres del pensamiento jurídico mundial de la época.

Por su parte, Santiago Sentís Melendo también relaciona la prueba con una teoría general del Derecho y ofrece un

TA, Nicola, *Lógica de las pruebas en materia criminal*; ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Sistemas y criterios para la apreciación de la prueba*; BENTHAM, Jeremías, *Tratado de las pruebas judiciales*; CARNELUTTI, Francesco, *La prueba civil*; DELLEPIANE, Antonio, *Nueva teoría general de la prueba*.

A estas obras deben agregarse las consideraciones que sobre el tema probatorio obran en los tratados generales y la producción monográfica sobre pruebas en particular.

panorama en el que en torno al tema tratado se conectan las más importantes zonas de la problemática jurídica actual.

Baste lo dicho para comprender la trascendencia de lo atinente a la cuestión probatoria, cuestión que, si bien ha sido tratada con adecuada profundidad, sigue ofreciendo zonas de intensa reflexión y caminos para recorrer.

En lo que atañe a las conceptualizaciones jurídicas, la prueba ha sido objeto de muy diversas definiciones las que, más allá de diferencias, guardan coincidencia en considerarla como un conjunto de normas jurídicas que regulan el proceso de fijación de los hechos controvertidos o bien como las acreditaciones alcanzadas a través de tales medios. Devis Echandía entiende por pruebas judiciales las reglas que regulan la admisión, producción, asunción y valoración de los diversos medios que pueden emplearse para llevar al juez la convicción sobre los hechos que interesan al proceso.

Obviamente, podrían multiplicarse las definiciones de los diversos autores, pero de las citadas y de lo dicho en general pueden extraerse ya los elementos fundamentales, a saber:

- a) Se trata de una regulación normativa, es decir, de reglas jurídicas obrantes en los digestos pertinentes, que disciplinan con carácter coactivo la materia;
- b) tales normas refieren tanto a los medios y formas de adquisición de conocimientos como a la valoración de los mismos;
- c) ese conocimiento que se hace presente en el proceso refiere a la veracidad de las afirmaciones sobre los hechos objeto de la relación procesal, y se vincula con los diversos sistemas procesales y con las ideas de verdad, conocimiento y plausibilidad socialmente imperantes, y
- d) el destinatario de tales componentes es el juzgador, que a la luz de las constancias decidirá por la certeza de las respectivas posiciones.

2. Nociones sobre la evolución histórica

Como ya indicamos, la importancia de la cuestión probatoria fue advertida desde antiguo por el pensamiento jurídico, encontrándose la misma íntimamente ligada a los conceptos generales sobre el proceso y las formas adecuadas de administración de justicia. Salvo los casos de flagrancia, en los que la verdad del suceso podía aparecer como evidente, preocupó encontrar las formas de averiguación del hecho acontecido y la debida confirmación de los dichos al respecto de las partes involucradas.

En un principio, y acorde a la estructuración rudimentaria del proceso, la implementación de la prueba tenía un sentido fundamentalmente empírico, correspondiendo la demostración de sus asertos a quien los invocaba. Es en Grecia, como en tantos otros terrenos del pensamiento, que puede advertirse una primera reflexión racional sobre el tema, que de acuerdo con principios acusatorios tenía un amplio sentido dispositivo para los litigantes. Como medios de prueba, aparecen ya claramente delimitados el testimonio y las constancias documentales. En lo que atañe a la valoración, observa Devis Echandía que lo más notable fue que se dio una crítica lógica y razonada de la prueba, sin que al parecer existieran tarifas legales que determinaran de antemano su valor.

En lo que respecta a Roma, no puede hablarse globalmente de su Derecho, sino que es preciso distinguir períodos diversos. En un principio, el órgano jurisdiccional actuaba como un tercero imparcial, guiado en el análisis de las constancias aportadas por las partes (principalmente testimonios) por su libre convicción. Durante la República, es sabido que imperó el sistema de los juicios populares, resolviendo los jueces a la manera de un jurado. Pero ya en tiempos del Imperio y para cierto tipo de delitos, comienza a perfilarse lo que luego sería el sistema inquisitivo, acentuándose el papel de fun-

cionario estatal del juez, dotado de autoridad para investigar. Pero esta ampliación de facultades investigativas se dio con un paralelo proceso de disminución en los márgenes apreciativos, perfilándose el sistema de las pruebas legales o pre-determinadas.

En el Derecho germánico, al igual que en otras manifestaciones arcaicas, se advierte una regulación diferente de la prueba, la que es entendida no como medio de convicción en torno a la reconstrucción histórica de un suceso realmente acaecido, sino como demostrativa en sí misma sobre la base de un valor formal y ritual preestablecido. Es el método de las llamadas ordalías o juicios de Dios, consistentes en apelaciones a la divinidad, en duelos entre los contendientes, o en determinadas experiencias, por lo general cruentas; el vencedor del enfrentamiento o el que superaba la prueba, era tenido como poseedor de la verdad aducida.

Sobre la base del tardío Derecho Romano, y las ideas del catolicismo oficial sustentadas por el poder político de la Iglesia, va surgiendo en la Europa medieval el Derecho Canónico, que a su vez influirá decisivamente sobre el sistema inquisitivo y el régimen de las pruebas legales. Se ordena así una minuciosa regulación de los medios adquisitivos y valorativos de los elementos de convicción judicial, propia del sistema inquisitivo. El juez o tribunal se convierte en verdadero director del proceso, estando a su cargo todo lo atinente a la determinación del hecho, estableciéndose condiciones averiguativas y adquisitivas que van desarrollando diversas etapas y graduaciones del conocimiento judicial.

Los medios de prueba documentales, testimoniales, indiciarios y, especialmente, lo relativo a la confesión, "reina de las pruebas", como así también el uso del tormento para exámenes coactivos de imputados y testigos renuentes, son objeto de regulación y de un tratamiento doctrinario que aparecen

como “prácticas” orientadoras de su aplicación y método, surgiendo así una literatura sobre el tema.

A través de digestos como el “Ordenamiento de Alcalá”, “Leyes de Toro”, “Fuero Juzgo” y “Partidas” en España y las ordenanzas alemana y francesa, va configurándose el sistema de “las pruebas legales” consustancial del método inquisitivo, con el que se identifica plenamente y que dejó profundas huellas en ordenamientos posteriores, que si bien modificaron algunos aspectos (como la abolición del tormento judicial, la operatividad de las garantías individuales, la desaparición de las diferenciaciones estamentales en el examen de los testigos, una mayor flexibilización, etc.) en lo básico continuaron funcionando dentro de los mismos paradigmas cognoscitivos.

En el terreno doctrinario el tema probatorio tuvo un amplio desarrollo, convirtiéndose en uno de los preferidos de la Teoría del Proceso; también, es notoria la incidencia de los avances derivados de la evolución tecnológica.

3. La búsqueda de la verdad

Todo lo relacionado con la cuestión probatoria se vincula de modo estrecho con la idea de lo que se entiende por verdad y por los modos de alcanzarla, lo que a su vez responde a los paradigmas cognoscitivos de cada época. A su vez, esto se vincula estrechamente con los procedimientos judiciales que, como fenómenos culturales, reflejan en sus relaciones de poder el sistema de ideas dentro de los que cobran sentido y que procuran otorgan legitimidad y aceptación a las decisiones en las que culminan.

Existe una íntima vinculación entre los modos de resolverse judicialmente un conflicto, ya fuere entre individuos o entre éstos y el Estado, con los criterios socialmente admitidos para tener por cierto un hecho, o más correctamente, un conjunto de circunstancias fácticas con relevancia jurídica que se postulan como realmente acaecidas.

La tesis de Foucault de que hay una “historia de la verdad”², que integra la formulación marxista de la historicidad del conocimiento, puede ser desarrollada –como aclara– desde un punto de vista interno, es decir, de las propias leyes que la regulan, o externamente, desde la perspectiva de las “reglas de juego” que hacen aceptables determinadas aseveraciones y verificaciones. En tal aspecto, las prácticas judiciales, a las que se ha hecho referencia en el punto anterior, revelan “relaciones entre el hombre y la verdad que merecen ser estudiadas”.

En el recorrido de tal camino, Foucault analiza el antecedente arcaico de la *Ilíada* donde una disputa entre dos contendientes (Antíloco y Menelao) a causa de una carrera de carros en la que se aduce que se ha producido una irregularidad descalificante, se resuelve no por testimonios de quienes asistían a la prueba, sino mediante el desafío a juramentos rituales, lo que implica “una manera singular de producir la verdad” a través de un “juego de prueba” que no es la indagación, la comprobación ni la verificación, sino la aplicación sacramental de determinadas fórmulas, lo que igualmente encontramos a lo largo de la historia y de la geografía en numerosas otras culturas.

Siguiendo con el análisis foucaultiano, en “*Edipo Rey*”, la tragedia de Sófocles (“el primer testimonio que tenemos de las prácticas judiciales griegas”), si bien perduran algunas manifestaciones de los señalados modos arcaicos, aparecen

² FOUCAULT, *La verdad y las formas jurídicas* cit., p. 14. En p. 17 puede leerse: “Las prácticas judiciales –la manera en que entre los hombres, se arbitran los daños y las responsabilidades, el modo en que, en la historia de Occidente, se concibió y definió la manera en que podían ser juzgados los hombres en función de los errores que habían cometido, la manera en que se impone a determinados individuos la reparación de algunas de sus acciones y el castigo de otras, todas esas reglas o, si se quiere, todas esas prácticas reguladas modificadas sin cesar a lo largo de la historia– creo que son algunas de las formas empleadas por nuestra sociedad para definir tipos de subjetividad, formas de saber y, en consecuencia, relaciones entre el hombre y la verdad que merecen ser estudiadas”.

otros más complejos como la consulta al oráculo como revelador de conocimientos superiores, la interpretación de signos reveladores y la posterior búsqueda de confirmaciones de hechos³.

De todas formas, advertimos que un rasgo común de las expresiones arcaicas tiene la característica de remitir la verificación confirmatoria de hipótesis controvertidas o el desentrañamiento de hechos relevantes desconocidos a apelaciones a poderes sobrenaturales y a mecanismos mágicos ritualmente establecidos.

Y como en tantos otros elementos de la cultura humana es en la Grecia ática donde se produce el cambio, derivado de modo directo de la gran revolución democrática y relacionado íntimamente con la realización del proceso acusatorio. Los aspectos de mayor importancia pueden definirse en primer lugar en relación al órgano decisorio y, en segundo lugar, a las maneras de plantearse la controversia sobre la que corresponderá el pronunciamiento, aspectos ambos íntimamente vinculados, al extremo de que no pueden conceptualmente separarse. Al respecto, estos puntos caracterizantes son advertidos por todos los que han atendido al tema y sobre el particular Foucault señala que nos encontramos ante una de las grandes conquistas de la democracia ateniense, consistente en el hecho de que los ciudadanos se apoderaron del derecho de juzgar, lo que, en relación al tema que nos ocupa, significó nada menos que el derecho "de decir la verdad, de oponer la verdad a sus propios señores, de juzgar a quienes los gobernaban"⁴.

Las implicancias de lo señalado son de los más variados

³ Es obvio que dentro de este trabajo deba ceñirme al desarrollo expositivo de las relaciones entre determinadas formas de acreditación de la verdad y el sistema de ideas en que las prácticas judiciales se reflejaban. Pero el análisis que efectúa Foucault en toda esta serie de magníficas conferencias y, en especial, la segunda, va mucho más allá de ese tema, ya que abarca la cuestión central del poder y de su ejercicio.

⁴ FOUCAULT, ob. cit., p. 64.

órdenes y significaron modificaciones tan fundamentales que aún hoy, dentro de una perspectiva de siglos, nos cuesta comprenderlas en su totalidad⁵. Así, aunque persistan apelaciones rituales del tipo de los juramentos y las invocaciones a la divinidad, lo que importa es, fundamentalmente, la argumentación, la confrontación de ideas.

“Un día, en el siglo V a. C., en Sicilia, dos individuos discuten y se produce un accidente. Al día siguiente aparecen ante las autoridades que deben decidir cuál de los dos es culpable. Pero ¿cómo elegir? La disputa no se ha producido ante los ojos de los jueces, quienes no han podido observar y constatar la verdad; los sentidos son impotentes; sólo queda un medio: escuchar los relatos de los querellantes. Con este hecho, la posición de estos últimos se ve modificada: ya no se trata de establecer una verdad (lo que es imposible), sino de aproximársele, de dar la impresión de ella y esta impresión será tanto más fuerte cuanto más hábil sea el relato...”

El párrafo transcrito, debido a un trabajo de semiología⁶, puede darnos una adecuada idea de lo que nos interesa destacar. Ya no estamos ante la invocación del juramento sagrado; tampoco de las preguntas al oráculo, ni ante una indagación a través de comprobaciones. Por el contrario, nos hallamos en el terreno de las argumentaciones, donde la exposición o el relato será la fuente de convicción sobre

⁵ FOUCAULT, ob. cit., p. 64: “Esta gran conquista de la democracia griega, el derecho a dar testimonio, de oponer la verdad al poder, se logró al cabo de un largo proceso nacido e instaurado definitivamente en Atenas durante el siglo V. Este derecho de oponer una verdad sin poder a un poder sin verdad dio lugar a una serie de grandes formas culturales que son características de la sociedad griega. En primer lugar, la elaboración de lo que podríamos llamar formas racionales de prueba y la demostración: cómo producir la verdad, en qué condiciones, qué formas han de observarse y qué reglas han de aplicarse. Estas formas son la filosofía, los sistemas racionales, los sistemas científicos”.

⁶ TODOROV, Tzvetan, *Lo verosímil, Introducción*, trad. de B. Dorriots, Tiempo Contemporáneo, Buenos Aires, 1970.

lo narrado. Estamos en el ámbito por excelencia del proceso acusatorio, donde el debate es la instancia fundamental y donde las formas de acreditación se relacionan de manera íntima con los modos de comunicación del pueblo que había inventado la filosofía, que hacía un uso central de la razón y donde el prestigio de sus dirigentes derivaba directamente de sus capacidades oratorias. Es el reino de la retórica entendida como “arte de la persuasión”, de las estructuras argumentativas⁷ que se imponen por sobre las verificaciones e indagaciones.

Algo semejante ocurrirá en la Roma republicana, perdurante aún en los tiempos del Imperio, para después, durante el Derecho germánico y en la Alta Edad Media volverse a formas de determinación mágica.

A lo señalado correspondería agregar la idea de la verdad como “revelación”, a la que si bien ya aludimos en relación a las manifestaciones oraculares, es preciso ubicar también dentro de la poderosa línea de pensamiento que caracterizó el desarrollo de los denominados “pueblos del libro” (La Biblia y El Corán) en los que determinados textos canónicos resultan valorados como la palabra de Dios y, por ende, fuente de todo conocimiento y como ordenamiento normativo, cuya validez no se discute, sino que, simplemente, se interpreta, apareciendo así la determinación precisa de criterios de autoridad que enmarcan lo que se piensa como cierto o falso, como lo ortodoxo o lo hereje, como lo permitido o lo prohibido, lo que influirá decididamente en la elaboración del Derecho Canónico y el pensamiento escolástico, dando las bases teóricas del pensamiento inquisitivo y que perdura aún hoy en los desarrollos de los fundamentalismos hebreo e islámico.

Será con el procedimiento inquisitivo que la prueba se

⁷ GONZALEZ BEDOYA, *Prólogo* a PERELMAN, C. y OLBRECHTS-TYTECA, L., *Tratado de la argumentación*, trad. de J. Sevilla Muñoz, Gredos, Madrid, 1989.

convertirá en indagación, pero siempre sobre la base de una predeterminada y rígida concepción de la verdad. Las grandes transformaciones del poder político y las consecuentes prácticas judiciales operadas en Europa durante los siglos XII y XIII, derivadas de la instalación de un aparato oficial de justicia y de la idea del delito como una infracción, como una desobediencia, marcará el surgimiento del Derecho Penal en un sentido que en gran medida perdura hasta nuestros días, configurado como una relación entre la autoridad y el infractor. De tal modo, se monopoliza la cuestión penal y a la pena pública se une la acción pública, convirtiéndose la investigación en el aspecto predominante y característico del enjuiciamiento penal.

El mismo nombre de proceso "inquisitivo" da adecuada idea de que se trata de un conjunto de procedimientos averiguativos que, como ya hemos tratado, comenzaban con los de índole general, a modo de una inspección que procuraba informarse sobre si en determinado lugar habían ocurrido hechos que indicasen la existencia de elementos contrarios al orden establecido y, ante noticias de tal cosa, tenía lugar la inquisición en particular en contra de quienes se presumía involucrados. Y todo esto, desde el criterio averiguativo de toda conducta que implicase lo que el modelo de autoridad entendía, desde el inicio, como "desviación punible"⁸.

Surge así lo que ha sido definido como "un enfoque historiográfico"⁹ que presupone que el proceso procura la reconstrucción de un hecho acontecido que debe ser desentrañado de la maraña de ocultamientos que por lo común el propio autor ha urdido, sacando a la luz una verdad que se supone acontecida y que los procedimientos averiguativos confirman. De ahí que no importe el debate y, más aún, que

⁸ FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, trad. de P. A. Ibáñez y otros, Trotta, Madrid, 1995, p. 42.

⁹ FERRAJOLI, Luigi, *Il caso 7 de aprile*, cit. por BOVINO, Alberto, *Ingeniería de la verdad*, en *No hay Derecho*, N° 12, Buenos Aires, 1995.

se lo rechace, y que toda posición defensiva sea entendida como un impedimento a la tarea emprendida. El inquisidor es el dueño de la verdad, el poseedor de la autoridad legítima, el examinador del reo. Su tarea será sólo de confirmaciones de lo que supone como cierto más allá de la maraña de ocultamientos y de las argucias de los réprobos, a los que corresponde castigar aquí en la tierra como ciertamente castigará Dios en el más allá. La pena no es sino un anticipo del infierno¹⁰.

La indagación, por ello, tenderá a la confirmación de la hipótesis de la que partió y no a una auténtica averiguación, lo que se advierte en la realidad de las prácticas tribunalicias habituales de nuestros días.

Al respecto debe recordarse que en el sistema de ideas que daba sentido a tales métodos, el delito se identificaba con el pecado, por lo que importaba descubrir no sólo la ocurrencia de un determinado hecho (lo que podía interesar en el caso de lo que podríamos denominar como ilícitos “comunes”, tales como homicidio, lesiones, robos y hurtos), sino el pensamiento, la intencionalidad, lo que se encontraba en la intimidad y el secreto. Y esto, porque “bajo el absolutismo católico de la Edad Media se exige a los individuos no sólo la fidelidad al Estado, sino también la adhesión interior a las verdades definidas por el mismo”¹¹, fenómeno que abarcaba la completa gama de las actividades y relaciones sociales y que se repite puntualmente bajo todo régimen de índole integrista o fundamentalista y en las diversas dictaduras que se han sucedido a lo largo de la historia.

La obsesión investigativa deriva de lo que se entiende como exigencia de control sobre los actos y pensamientos de

¹⁰ VAZQUEZ ROSSI, Jorge, *El Derecho Penal de la democracia*, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1993, Caps. II y III.

¹¹ PEREZ LINDO, Augusto, *El problema de la verdad*, Biblos, Buenos Aires, 1993, p. 25.

los súbditos y como derivación de la propia lógica del sistema lleva a que la indagación se centre sobre el sospechado, cuya admisión de culpabilidad se entiende como la culminación necesaria de la averiguación. En consecuencia, todo tenderá a lograrlo: el sospechado, cuya culpabilidad se presume, será colocado en las condiciones idóneas para que, sin conocer a ciencia cierta qué es lo que sabe el investigador, se sienta anonadado, atemorizado, sin defensas ni auxilios y así admita la imputación. Se pretende igualmente que colabore en su propia destrucción, adquiriendo este método de imposición de sufrimientos un sentido expiatorio que legitima la tarea del inquisidor y sus verdugos. Lo interior debe surgir a lo exterior, lo oculto descubrirse, lo disimulado confesarse. Y todo ello registrarse minuciosamente, concretarse en la objetividad de actas detalladamente llevadas por escribanos que dan cuenta hasta de los gemidos de dolor y los gritos de terror.

Por cierto que esta idea de que la investigación debe culminar en la confesión y la de que es válido o, al menos, eficaz, constreñir al imputado no sólo para lograr informaciones conducentes a la dilucidación del caso y a la actividad que se entiende como perjudicial, sino también como una muestra expiativa de arrepentimiento, de subordinación y colaboración, sigue alentando las prácticas de los interrogatorios, como bien lo describió el voto del juez Warren en el caso "Miranda", donde se analizan las técnicas de los interrogatorios policiales, y como se expuso en nuestro vernáculo "Montenegro".

Pero en relación al tema que nos interesa en el presente capítulo y continuando con el desarrollo de las modificaciones en los sistemas probatorios, puede tenerse en claro que con los procedimientos inquisitivos se instala en la práctica judicial la idea de que toda la actividad se dirige a la esencial finalidad de lograr la verdad, pero como "verdad sospechada",

como dato presupuesto que ordena la reconstrucción de lo realmente acontecido, el registro de lo que el inquisidor cree como lo efectivamente sucedido. Dice Foucault: el poder político, como personaje central de la indagación, averigua: "No sabe la verdad y procura saberla"¹². Esta idea debería corregirse: el inquisidor detenta la verdad, está instalado en lo profundo del poder que la confirma y lo que hace es quitar los velos que la ocultan por la acción de quien quiere sus- traerse a esa visión que clarifica y confirma.

Ahora bien: ¿qué verdad? Los autores de la materia repiten puntualmente hasta nuestros días que la finalidad del proceso penal es la obtención de la "verdad real" y que a ello tienden todos los mecanismos normativamente establecidos y las prácticas investigativas, resolviendo en general la cuestión con la afirmación de que lo que se procura determinar es lo acontecido y la responsabilidad del sujeto respecto del hecho que se le atribuye. Ciertamente esta aseveración puede aceptarse, aunque más no fuere a título provisional, como un rasgo distintivo del procedimiento penal en relación a una diferencia con el civil, donde por el carácter dispositivo de la vinculación predominan soluciones fictas o formales sobre las cuales el juzgador no avanza, teniendo por cierto lo que las partes, por acción u omisión, aceptan o convienen como tal. Pero, notoriamente, esta mera diferenciación no nos da respuesta profunda sobre el interrogante planteado y, más bien, parece haber conducido a determinados diseños procedimentales y a usos de los medios probatorios con frecuencia afectantes de garantías elementales.

No puede dudarse de que el tema de saber qué es la verdad es una de las cuestiones esenciales de la indagación

¹² FOUCAULT, ob. cit., p. 79. Al respecto, es importante la lectura de la tercera conferencia en la que se exponen los diversos elementos que confluyen en orden al método de la indagación, las fuentes de donde proviene y las ideas sobre las que se basa, como así también las relaciones de poder que supone.

filosófica, desde los orígenes mismos de las reflexiones de tal índole hasta los estudios contemporáneos. Obvio es entonces que mal podríamos considerarlo con mínima profundidad en un trabajo cuya naturaleza difiere de la necesaria a tan grave reflexión, pero importa, al menos, hacer algunas referencias tangenciales pero imprescindibles.

Desde un elemental punto de vista histórico, podemos advertir una profunda relatividad respecto de lo que a lo largo de los tiempos se ha entendido como cierto y, en lo que hace al tema que nos ocupa, las prácticas judiciales tuvieron por contenido probatorio respuestas oraculares, mensajes de la divinidad, señales de ultratumba, conjuros y fórmulas mágicas, exégesis de textos revelados, y se orientaron a serias investigaciones sobre brujería y hechicería, procesos contra hombres-lobo, prácticas heréticas y demoníacas, etcétera. Al mismo tiempo, y como señala el ya citado Pérez Lindo, “la mayoría de las opiniones que hoy sostenemos corrientemente eran pasibles de la hoguera entre los siglos XIII y XVII”¹³ y larga es la lista de quienes pagaron con prisión, destierro, suplicio y muerte el cuestionamiento de las ideas que conformaban el aparato de la concepción oficial político-religiosa.

Si reflexionamos en lo que en diferentes épocas y culturas se ha tenido como verdades indiscutibles e indudables, podemos desembocar en una suerte de escepticismo radical sobre la ilusoria pretensión humana de conocer algo con certeza, o bien conformarnos con una descripción meramente objetiva y funcional del cambiante mosaico de ideas institucionalmente aceptadas que organizan las diversas sociedades. Por otra parte, ese mismo panorama histórico nos demuestra que los diferentes saberes se relacionan directamente con las estructuras y la dialéctica del poder, un juego del “saber poder”

¹³ PEREZ LINDO, ob. cit., p. 24.

que a veces es saber sin poder y otras, poder sin saber, como señaló Ferrajoli.

Desde otra perspectiva, el desarrollo de los conocimientos científicos, si bien responde a los condicionamientos paradigmáticos imperantes dentro de cada época, puede ser enfocado como un avance de sucesivas conquistas en orden al logro de la inteligibilidad de lo real y de un consecuente dominio humano sobre el mundo del que formamos parte.

Ahora bien: tan enorme muestra de variables, tan contradictorio panorama de ideas entendidas como indudables y de certezas que se desmoronan, nos permite advertir la distinción entre “verdades”, a las que hasta ahora hemos aludido, y el concepto de “verdad” que aparece como de diversa índole y que, precisamente, nos permite efectuar esas consideraciones.

Si acudimos a los diccionarios de la lengua, nos informaremos que el término procede del latín *veritas* y se define como la conformidad o adecuación entre concepto y cosa. Ahondando más en la cuestión, advertimos que el vocablo se emplea en dos sentidos, los que refieren al aspecto proposicional y como referencia a lo real¹⁴. Esto implica un primer nivel de índole gramatical que, a su vez, refiere a la lógica y que implica las ideas de racionalidad y coherencia. Pero indudablemente la perspectiva que de modo general más importa sobre la cuestión y que tiene que ver con el uso normal del término, es la que concierne a la correspondencia de la expresión con el objeto mentado. Sobre el particular existe una larga tradición filosófica, cuyas formulaciones clásicas las encontramos en Aristóteles (*decir de que lo que es, que es*), en Santo Tomás (*adecuación del concepto con las cosas*) y en las diversas direcciones del realismo. Claro está que este tipo de formulación, como todo el tema de la verdad,

¹⁴ FERRATER MORA, José, *Diccionario de filosofía*, Sudamericana, Buenos Aires, 1965, t. II, p. 884.

desemboca en el problema del conocimiento, en honduras ontológicas y hasta en aspectos semánticos, ya que al margen de que cabe preguntar –como ha acontecido en la historia del pensamiento– qué y cómo es lo que conocemos, y qué es en definitiva “lo real”, con frecuencia acontece que se confunde lo que algo “es” con lo que “decimos que es”.

De todas maneras podemos admitir que la idea de verdad que aparece implícita o presupuesta en las elaboraciones jurídicas y que se define como una de las finalidades del proceso, responde en lo básico a los aludidos criterios de conformidad o adecuación del concepto con la cosa; la “cosa” sería el objeto procesal en cuanto situación de hecho de relevancia normativa y el concepto la decisión jurisdiccional, a la que se arriba como conclusión de una serie de averiguaciones, comprobaciones y discusiones en torno a la realidad de lo ocurrido y su encuadre jurídico.

En este sentido, al que cabría agregarle la indagación de lo oculto y el revelamiento de lo acontecido (¿no es ésta, acaso, sino la base misma de la literatura policial en sus diversas manifestaciones?), es que se entiende que el proceso penal se manifiesta como una búsqueda de la verdad. Al respecto, Clariá Olmedo destaca como una de las finalidades básicas del enjuiciamiento, la de hallar la verdad del hecho delictuoso a través de la prueba, que proporciona los elementos para “la reconstrucción del acontecimiento histórico cuyo descubrimiento cabal se persigue”¹⁵.

Es de advertir que desde la perspectiva que ha guiado los desarrollos propuestos, cabe hablar de una verdadera “epistemología” en orden a la verdad judicial, como lo ha propuesto Ferrajoli¹⁶. En tal sentido, más que de una “verdad real” de lo que corresponde hablar, con todas las consecuencias

¹⁵ CLARIA OLMEDO, *Tratado...* cit., t. I, p. 445.

¹⁶ FERRAJOLI, ob. cit., Cap. I.

teóricas y prácticas que de ello se deducen, es de una "verdad judicial" que, por definición, es convencional y formal¹⁷.

4. El conocimiento judicial

Desde el punto de vista al que hemos aludido, el proceso puede comprenderse como un método de adquisición de conocimientos en orden al hecho delictivo y consecuente responsabilidad en el mismo por parte del imputado, que a través de sucesivas acreditaciones conduce desde la noticia del delito a la resolución conclusiva.

Como sabemos, por imperio del principio de legalidad la respuesta punitiva se encuentra rígidamente acotada por la descripción abstracta de conductas; cuando los órganos oficiales establecidos para la persecución penal toman conocimiento de que en la realidad ha acontecido un hecho que responde a la apariencia de la norma, se ponen en marcha mecanismos averiguativos para determinar la ocurrencia del hecho, sus características y autores¹⁸.

Es decir: se trata de establecer las circunstancias fácticas que hacen aplicable la norma. Ello conduce a la necesidad de acreditación de los hechos, es decir, a la comprobación de los extremos de la imputación. Ahora bien: los modos en que ello se tiene por logrado y los mecanismos que conducen a

¹⁷ FERRAJOLI, ob. cit., p. 44: "El modelo formalista del Derecho Penal, precisamente porque acepta expresamente el carácter voluntarista e intersubjetivamente convencional de la definición y la desviación, sometiéndola al principio de estricta legalidad, es el único que puede servir de base al carácter empírico y cognoscitivo y no potestativo de su comprobación judicial y, por ello, fundamentar su estricta jurisdiccionalidad".

¹⁸ RUBIANES, Carlos, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1976. En t. I, p. 443, puede leerse: "Todo norma jurídica material, que es la que debe ser actuada en el proceso, describe una situación de hecho que se supone como posible, la que debe ser confrontada con las circunstancias de hecho que se verifican en la realidad, es decir, determinar la coincidencia o no entre el hecho específico legal y el hecho específico real, para concluir en suma cuáles han de ser las consecuencias jurídicas y por tanto el contenido de una decisión".

la acreditación varían de acuerdo con los sistemas procesales, que inciden no sólo en la valoración, sino en la introducción y medios probatorios. A su vez, todo esto responde, como se trató en el punto anterior, a los criterios de verdad socialmente imperantes y a las relaciones de poder, lo que tiene especial incidencia en los límites que condicionan una tarea investigativa válida.

En teoría, la secuencia procesal marca un avance progresivo en orden a los grados de acreditación que conducirán desde las actuaciones iniciales hasta el pronunciamiento conclusivo. Incluso numerosos códigos y/o la doctrina judicial hacen referencias expresas a niveles de conocimiento, hablando de la *sospecha* que avala el inicio de las investigaciones y la convocatoria del imputado para prestar declaración; de un grado de *probabilidad* para justificar el procesamiento dentro de la instrucción formal y la formulación de la acusación pública; de la *evidencia* para el dictado del sobreseimiento; de una situación objetiva de *duda* para el auto de falta de mérito o para el dictado de absolución, y de *certeza* para avalar la condena. A su vez, digestos más antiguos indicaban estos requisitos denominándolos como “semiplena prueba” y “prueba plena”, lo que en autores de otras épocas se consideraba dentro de lo que Malatesta estudia como los “estados de la mente con relación al conocimiento de la realidad”¹⁹. De tal modo, podría caracterizarse al proceso como un tránsito desde una indeterminación hipotética hasta una conclusión asertiva respecto de hechos relevantes para la legislación sustantiva, sobre cuya base se dictará la resolución de mérito.

Sin embargo, la experiencia real del sistema y el funcionamiento operativo del mismo parecieran contradecir ese pulcro esquema. En efecto: tanto por las particularidades de

¹⁹ FRAMARINO DEI MALATESTA, Nicola, *Lógica de las pruebas en materia criminal*, trad. de S. Carrejo, Temis, Bogotá, 1973.

algunos hechos como por el modo de actuación judicial, más bien pareciera que es diferente lo que ocurre. Respecto de lo primero, es sabido que en numerosos casos, estadísticamente de amplia mayoría, los supuestos que ocupan la actividad tribunalicia son de escasa complejidad; ya fuere por las circunstancias en que se produjeron o por las pruebas que inicialmente los rodearon o por el parecer subjetivo de los operadores, se parte desde el comienzo de un convencimiento de la autoría culpable del implicado, resultando los pasos ulteriores el simple cumplimiento de requisitos formales confirmatorios sin verdadera incidencia y sólo destinados a la plausibilidad legal de las decisiones. Incluso el funcionamiento real del proceso penal de estirpe inquisitoria, aparece como una respuesta de índole inmediateista a la infracción que, a través de la detención y la prisión preventiva dispone “a título cautelar” el encierro del imputado, apareciendo las diligencias ulteriores como una verificación de las condiciones del mantenimiento del encarcelamiento, y la sentencia como una suerte de revisión final de lo ya hecho. Al respecto es observable que, por lo común, en los métodos de instrucción formal, el auto de procesamiento contiene ya todos los elementos que definen la causa, los que son repetidos en la requisitoria de juicio y constituyen la base del decisorio final.

Desde el punto de vista que preside el enfoque de la cuestión que analizamos, puede tenerse en claro que los procedimientos probatorios en general y en el proceso penal en particular aparecen como un método para una construcción convencional de la verdad, fundamentalmente asentada –dentro del proceso mixto o inquisitivo atenuado– sobre la labor de la policía, la fiscalía y el juez de instrucción. En nuestro ordenamiento, pareciera que todos estos sujetos, a los que deben agregarse los miembros del tribunal de juicio, dotados de facultades inquisitivas, participan de un mismo afán en desentrañar los hechos que configuran el objeto procesal definido en la imputación y la acusación.

En el funcionamiento real del proceso penal, como se encuentra estructurado dentro de nuestro sistema, por lo común se parte de una hipótesis de ocurrencia de delito que la sucesiva actividad probatoria oficial tiende a confirmar, especialmente cuando la misma proviene de los propios organismos oficiales, ya que por lo habitual distinto es el caso cuando se trata de hechos cuya investigación impulsan particulares.

Muchas veces la averiguación resulta clara, ya que los elementos de juicio afirmativo surgen notorios y hasta innecesarios (casos de flagrancia o de fundada admisión del hecho por parte del autor), pero en otras ocasiones pareciera que se trata de justificar burocráticamente la existencia de los presupuestos para la aplicación de sanción, sin que pueda hablarse en puridad de una verdadera tarea reconstructiva ni tampoco de una actividad partiva (acusativa y defensiva) que aporte versiones y pruebas en un auténtico contradictorio. Ello se advierte además y con especial claridad en la rutina del juicio oral en el orden de la justicia de la Nación y en la mayoría de las provincias, donde el trámite de dicho juicio se limita a la incorporación por lectura de las constancias instructorias y al examen de algún testigo.

De ahí que la tantas veces repetida versión del objetivo del logro de una verdad real, de una reconstrucción sistemática del hecho a través de la prueba aparezca, en el mejor de los casos, como exagerada²⁰. Por otra parte, como se indicó en el punto anterior, la base de la concepción de preconizar

²⁰ Hace ya varios años desarrollé la idea de que en realidad no puede hablarse de la obtención de una "verdad real", sino de una cierta verosimilitud (en el sentido aristotélico) que, de acuerdo con las reglas procesales lleva a la declaración de certeza que emite el tribunal (VAZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo, *Reflexiones sobre la cuestión probatoria en el proceso penal*, en *Juris* 1980-61-207). Tal idea aparece ahora como aceptada, especialmente en el pensamiento de jóvenes doctrinarios que, como Alberto Bovino, hablan con acierto de una construcción judicial de la verdad (*Ingeniería de la verdad*).

la obtención de una verdad real aparece como una derivación de una idea absoluta de la verdad, que hace desaparecer los límites no sólo de la investigación sino del propio funcionamiento del sistema penal²¹. Estamos en el terreno del “todo vale”, donde puede recurrirse a cualquier invasión en la privacidad para determinar las hipótesis de las que el inquisidor parte. De hecho, desemboca –como la práctica judicial respecto de ciertos hechos notorios evidencia– en una espuria configuración de un Derecho Penal de autor, donde se investigan personas previamente sindicadas como posibles (seguros) autores de ilícitos, a quienes se investiga para confirmar lo que se presume.

Lo que el proceso alcanza es una declaración aproximativa de la verdad convencionalmente aceptable en la medida en que cumple con requisitos normativamente establecidos y a los que dota de plausibilidad jurídica por la invocación explícita de ciertas constancias e implícita por el convencimiento subjetivo de los juzgadores. Esa reconstrucción efectuada mediante una actividad oficial sujeta a reglas no es una auténtica indagación de la realidad, sino la búsqueda de una plausibilidad social y jurídica. Pero cabe insistir en que eso es todo lo que puede alcanzar el proceso, una verdad de índole procesal, sujeta a reglas de juego que son, en definitiva, garantías.

Al parecer, ya Platón se quejaba de que “en los tribunales [...] la gente no se inquieta lo más mínimo por decir la verdad, sino por persuadir y la persuasión depende de la verosimi-

²¹ FERRAJOLI, ob. cit., ps. 44/45: “La alternativa epistemológica entre los dos modelos –uno estrictamente positivista y el otro tendencialmente iusnaturalista– se manifiesta por tanto en el distinto tipo de ‘verdad jurídica’ por ellos perseguida. La verdad a que aspira el modelo sustancialista del Derecho Penal es la llamada verdad sustancial o material, es decir, verdad absoluta y omnicompreensiva en orden a la persona investigada, carente de límites y de confines legales, alcanzable con cualquier medio más allá de rígidas reglas procedimentales. Es evidente que esta ‘verdad sustancial’, al ser perseguida fuera de reglas y controles y, sobre todo, de una exacta predeterminación empírica de las hipótesis de indagación, degenera en juicios de valor, ampliamente arbitrarios de hecho...”

litud”²², se ajusta a una particular retórica cuyo seno es el discurso jurídico. El conocimiento que se persigue y logra es uno de índole jurídica, lo que la prueba obtiene es una “verdad jurídica” que más que como adecuación a una eventual realidad importa como ajustada a la particular verosimilitud judicial.

Igualmente debe mencionarse que las consideraciones de la realidad del funcionamiento tribunalicio llevan a apreciaciones críticas respecto de la notoria influencia y condicionamiento del conocimiento judicial derivado de hábitos y formas culturales profundamente arraigados y que de manera sintética se relacionan con la incidencia de lenguajes esquemáticos, repeticiones burocráticas que generan estereotipos diversos y modelos prefijados siempre repetidos, generando lo que puede considerarse como “habitualidad probatoria” que lleva a una notoria superficialidad respecto de la búsqueda auténtica de la verdad²³.

En definitiva: el conocimiento judicial no es un conocimiento de lo real ni, mucho menos, de lo absoluto, sino una plausibilidad verosímil ajustada a reglas apreciativas que implican formas de mutuo control, sobre cuya validez debe insistirse.

5. Sobre el fin y objeto de la prueba

Ya se ha indicado la importancia que la cuestión probatoria reviste dentro del proceso penal, al extremo de que no es exagerado señalar que, en gran medida, la finalidad probatoria coincide con la del propio proceso. Para comprender esto baste recordar que entre los elementos definitorios de este proceso se halla la determinación, como ha sido dicho,

²² TODOROV, ob. cit., p. 11.

²³ BINDER, Alberto, *El relato del hecho y la regularidad del proceso: la función constructiva y destructiva de la prueba penal*, en *Doctrina Penal*, año 13, Buenos Aires, 1990, ps. 75 y ss.

de lo que hemos denominado como verdad judicial, la que sólo puede surgir mediante las debidas acreditaciones.

Esto ha sido destacado por Florian, quien habla de la necesidad del logro de la acreditación de la verdad jurídica:

Es decir que la finalidad de la prueba consiste en la determinación de todo lo relacionado con el hecho y su autor, tratando, mediante los medios adecuados, de lograr una ajustada reconstrucción del suceso postulado como realmente acontecido. En definitiva, se trata de una comprobación de las circunstancias relevantes para hacer aplicable la norma pertinente.

Desde la atribución delictiva generadora de sospecha, hasta la sentencia como declaración de certeza, pasando por la meritación de probabilidad del procesamiento, se recorre un camino hacia la obtención de conocimientos regulados jurídicamente que, obviamente, se asientan sobre el material probatorio logrado durante el proceso.

Esta finalidad de la actividad probatoria se asienta y presupone en determinados principios, que se encuentran implícitos en las regulaciones procesales y que Devis Echandía, con singular claridad, enumera en todos sus detalles. Destacamos de ellos, por su especial incidencia en este desarrollo, el denominado *necesidad de la prueba* y de la prohibición de aplicar el conocimiento subjetivo o personal del juzgador sobre la cuestión, ya que el único conocimiento procesalmente válido será aquel que surja de constancias regularmente llevadas a la causa y con el necesario control de partes.

Como se advierte, la antedicha finalidad de la prueba surge de una necesidad derivada directamente del valor seguridad jurídica y de las garantías que de él emanan, apareciendo tales comprobaciones estrechamente relacionadas con el principio de legalidad y con la determinación del mismo a través de la garantía de judicialidad. De la misma forma, se encuentra también en juego el principio de racionalidad,

ya que, en última instancia, la prueba no es sino demostración; por último, aparece como valla a la arbitrariedad, en la medida que las constancias objetivas y controlables permiten una verificación.

Respecto al objeto de la prueba, la doctrina no es pacífica, pudiendo encontrarse distintas posiciones e incluso diferencias. Dentro de las exposiciones tradicionales, Florian entiende por objeto de prueba lo que pueda allegarse al proceso y todo lo que se pueda presentar al conocimiento del juez y de las partes para la comprobación judicial relacionada con dicha indagación, explicitando luego que tal concepto refiere a la consideración del problema en abstracto, como cuestión teórica genérica, y en concreto, con respecto a los casos singulares. Por su parte, Devis Echandía define como objeto de la prueba, de un modo bastante tautológico, como aquello que se puede probar en general, aquello sobre lo que puede recaer la prueba, aclarando, luego de pasar revista a diversas y contradictorias posiciones que, en definitiva, se trata de hechos susceptibles de demostración, entendiendo por "hechos" aquello que puede ser percibido (todo lo que puede representar conductas humanas, circunstancias de tiempo, modo y lugar, fenómenos naturales, efectos materiales, estados físicos y psíquicos, etc.).

En nuestra doctrina, Clariá Olmedo, siguiendo esta línea de pensamiento, conceptualiza el objeto de la prueba como las circunstancias fácticas que se deben acreditar para que se obtenga la certeza o probabilidad acerca del acontecimiento histórico introducido al proceso como hecho incierto, señalando que de lo que se trata es de la adquisición de datos materiales que deben producir la convicción afirmativa o negativa sobre el acontecimiento que debe ser juzgado.

Desde un punto de vista general y abstracto, el objeto de prueba, para el procesalista cordobés, puede entenderse enumerando los acontecimientos históricos, naturales y la con-

ducta de los hombres (como acción u omisión), los hechos psíquicos, las cosas, los aspectos físicos y biológicos de las personas, los lugares, los documentos, fenómenos naturales (electricidad, calor, sonido, olores, etc.) y principios y reglas de experiencia.

Ahora bien: de toda esa zona de enorme amplitud interesa al proceso sólo aquello que tiene incidencia y pertinencia con lo investigado y juzgado a través del mismo. Los "hechos" que importan son aquellos que, en cada caso en particular, contribuyan a aclarar el suceso delictivo y la autoría culpable, lo que debe considerarse dentro de la noción de *pertinencia*. Esto nos lleva a la consideración del objeto probatorio en concreto, que no es otro que el tema derivado de la plataforma fáctica circunscripto a través de la atribución delictiva, en relación a las normas sustantivas de que se trate y, por cierto, a los elementos configurantes del delito.

Como ha advertido Clariá Olmedo y ya lo hemos indicado, la nota determinante de este enfoque será la *pertinencia*, es decir, la relación de las confirmaciones con el ámbito de la imputación, relacionando necesariamente lo fáctico con la relevancia jurídica. Así, el objeto concreto de la actividad probatoria serán todas aquellas constancias relativas a la configuración del hecho investigado y a la relación causal entre el mismo y la o las personas a quienes se impute su comisión, con especial consideración hacia los constitutivos del ilícito a través de los elementos de la teoría del delito. Ello significa que deberá determinarse en el caso concreto si nos encontramos ante una acción, que la misma reúne objetiva y subjetivamente los requisitos del tipo pertinente, si el hecho es reprochable al autor y si no median circunstancias negativas, como así también agravantes o atenuantes.

Supongamos el caso de un homicidio culposo (art. 84, C. P.). Objeto de prueba será, en primer lugar, la debida acreditación de la muerte de la víctima, mediante las certifica-

ciones correspondientes. Luego, se tratará de determinar las circunstancias en que ese acaecer ocurrió; en la hipótesis de un accidente de tránsito, deberá determinarse el estado de los vehículos, la dirección y desplazamiento de su marcha, las condiciones de tiempo y lugar, el estado físico y psíquico de los conductores, las maniobras realizadas, etcétera. Para ello, el órgano jurisdiccional y las partes recurrirán a croquis, reconstrucción del hecho, declaraciones testimoniales e indagatorias, informes periciales médicos y mecánicos, etcétera. En definitiva: todo lo que contribuya a una reconstrucción de la forma y condiciones en que se produjo el evento, lo que permitirá el debate sobre las eventuales violaciones al deber de cuidado y la consecuente responsabilidad de los involucrados. En el supuesto de una violación (art. 119, C. P.), se atenderá a la determinación de las huellas físicas en la mujer víctima del acceso carnal violento, a sus declaraciones sobre la forma en que se produjo el ultraje, a los testimonios de quienes pudieron haber visto o escuchado el hecho, etcétera. En el supuesto de una estafa (art. 172, C. P.), podrá tener incidencia directa el material documental, como igualmente ocurre en las falsificaciones (art. 292, C. P.).

Es decir: cada hipótesis delictiva determina un objeto probatorio, ya que lo que a través del proceso debe confirmarse es la existencia de una plataforma fáctica debidamente acreditada que haga aplicable la norma penal correspondiente. En tal sentido, la existencia de la tipicidad (como garantía y como elemento esencial del delito) obliga a una estricta comprobación de la conducta de que se trate, lo que se circunscribe y particulariza en cada caso en concreto, delimitándose así el objeto probatorio.

6. La carga de la prueba

Por carga de la prueba se entiende la necesidad de acreditación que corresponde a una determinada parte o sujeto

procesal. El concepto ha sido especialmente estudiado por los procesalistas civiles, ya que aparece como propio de un sistema dispositivo donde el órgano jurisdiccional no puede pronunciarse sobre otros hechos que los alegados y probados por las partes. Por ende, quien invoca determinados hechos, deberá ofrecer las constancias que lo demuestren. En cambio, dentro del proceso inquisitivo, dominado por el principio de oficialidad, es el órgano jurisdiccional instructor, como director de la investigación, el que determina por sí las diversas constancias en orden a la acreditación de una eventual conducta delictiva. En tal sentido, incluso dentro de los códigos modernos, rige la regla, propia del proceso penal, de la denominada "investigación integral" o búsqueda de la verdad real, a lo que ya nos hemos referido, cuya consecución parece estar al cuidado preponderante, y a veces exclusivo, del juez instructor.

De tal manera, puede concluirse que no es posible hablar del tema de la carga probatoria dentro del proceso penal inquisitivo de la misma manera que se lo hace con respecto al proceso civil, ya que los principios y sistemática legal reguladora son diferentes.

Sin embargo, la cuestión no puede dejar de considerarse dentro de otra perspectiva. En el capítulo dedicado a las normas fundamentales destacamos la trascendencia del denominado principio o estado jurídico de inocencia de que se encuentra revestido todo imputado, y que sólo puede ser válidamente destruido cuando una sentencia firme así lo declare; para que ello ocurra, la materialidad del delito y la autoría culpable del justiciable deben aparecer clara y concretamente determinadas a través de un aceptable grado de certeza, basado, precisamente, en el material probatorio colectado.

Esto significa que, cualquiera sea el sistema procesal de que se trate (por cierto, la cuestión aparece mucho más ní-

tidamente perfilada dentro de la mecánica acusatoria), corresponde a la acción pública la debida comprobación de todas las circunstancias que lleven al objetivo convencimiento de la conducta delictiva atribuida.

En consecuencia, no es el imputado quien debe probar su inocencia —estado jurídico del que se parte, ya que de no ser así carecería de sentido el mismo proceso— sino el Estado, mediante los órganos pertinentes. Claro está que esto no implica de manera alguna desconocer la importancia que pueden tener las pruebas defensivas, destinadas a la aclaración de la situación del imputado y a la contraposición de la atribución delictiva. En este aspecto, la posibilidad de ofrecimiento y realización probatoria aparece como una garantía derivada del derecho de defensa, cuya importancia ha sido destacada desde los mismos inicios de las ideas liberales sobre el proceso penal.

Señalemos como aspecto general que, en la medida en que se propicia para el proceso penal una sistemática preponderantemente acusatoria, con clara potenciación del papel, intervención y responsabilidad de las partes, resulta lógico sostener que la carga probatoria conducente a la determinación de la responsabilidad del inculcado corresponde al Ministerio Público como titular de la acción; el fiscal debe ser quien ofrezca las constancias pertinentes e incluso quien tendría que impulsar la investigación y arrimar las pruebas conducentes a su demanda de justicia.

De todas maneras y a la luz de la legislación vigente, no puede desconocerse la preeminencia del *principio de oficialidad* propio del proceso penal de raigambre inquisitiva y que la actividad tendente a la adquisición probatoria está fundamentalmente al cuidado de órganos estatales, representantes del interés público.

Como ya se señaló, las mismas características del hecho delictivo, de su incidencia social y de los valores en juego,

exigen la existencia de una etapa investigativa, orientada a la reconstrucción histórica del hecho atribuido en la imputación y a la individualización de los autores y partícipes. Dentro del sistema de instrucción formal, corresponde al juez de instrucción el cumplimiento de tal finalidad, realizando por sí, en consecuencia, todo lo que, dentro de su discrecionalidad técnica, entienda pertinente para la comprobación del hecho atribuido. Para ello cuenta con amplia libertad de prueba, pudiendo recurrir a los medios que estime conducentes a la aclaración del suceso. Las partes materiales y formales tienen un papel notoriamente secundario, ya que la iniciativa y control de la actividad corresponde al instructor.

En la investigación preparatoria a cargo del fiscal, es a este órgano al que incumbe el diseño de la estrategia investigativa y la reunión de los elementos sobre los que basará su acusación.

Durante el juicio plenario o contradictorio, se introducirán las constancias de las que las partes habrán de valerse, las que serán examinadas en las audiencias de debate. Al contrario de lo que acontece en la etapa instructoria o investigativa, son éstas las que tienen a su cuidado la proposición de las diligencias destinadas a la fundamentación y acreditación de sus respectivas posiciones.

Pero puede pensarse que está fuera de discusión, como corolario de principios fundamentales, que la culpabilidad del justiciable debe ser acreditada en grado de certeza, correspondiendo a la acusación la demostración de la posición que haga procedente la aplicación de sanción punitiva.

Por otra parte no debe olvidarse que, si bien el principio de oficialidad y el sentido inquisitivo rigen durante la instrucción o la investigación, ésta es una etapa o período preparatorio con vistas a la acusación, y que el momento verdaderamente central es el debate, donde deberán introducirse

y examinarse debidamente las constancias pertinentes, únicas sobre las que puede recaer el fallo.

En consecuencia, corresponde al acusador el papel protagónico de tener a su cuidado las necesarias demostraciones; a él incumbe probar el hecho constitutivo de su pretensión punitiva y los extremos de responsabilidad penal del imputado, como así también la necesidad de respuesta punitiva.

7. La regulación legal

Ya hemos indicado que desde los primeros códigos de la materia la cuestión probatoria fue objeto de una regulación legal precisa. Tanto los criterios apreciativos, como los diferentes medios fueron reglamentados de manera minuciosa, avanzando incluso sobre detalles específicos en relación a cada tipo de prueba en particular. Ejemplo de este método fue el Código de Procedimientos en Materia Criminal para la Justicia Federal de 1888 que, en su larga vigencia, generó una determinada rutina probatoria que dejó profundas huellas.

Este casuismo perdura de alguna manera en legislaciones más actuales que, en vez de sentar principios generales, continúan disciplinando los diferentes supuestos. Así mismo tratan de la cuestión dentro de lo concerniente a la etapa instructoria, evidenciando un perimido criterio inquisitivo.

El actual Código Procesal Penal de la Nación sitúa lo concerniente a la prueba dentro del Libro II (Instrucción), dedicando a los *medios de prueba* el Título III. Pero con anterioridad, entre las facultades del instructor (art. 206) se sienta el principio general de *libertad de prueba* que significa que todo se puede probar y por cualquier medio, lo que también ha sido conocido como principio de *investigación integral* que otorga un amplio margen de discrecionalidad que, claro está, jamás puede convertirse en arbitrariedad ni realizarse al margen de los preceptos constitucionales.

Otra excepción a esta amplitud de facultades está dada

por lo relativo *al estado civil de las personas*, es decir, a lo que se determina en lo que hace al matrimonio, filiación, y ciudadanía, según las normas civiles.

De todas maneras y sin perjuicio de los criterios generales, el Código disciplina los diferentes medios, que son:

- a) *Inspección judicial* (art. 216) que comprende el examen de personas, lugares, cosas, rastros y huellas del hecho, efectuados de la manera más inmediata a la ocurrencia del suceso investigado y de todo lo cual se dejarán registros detallados. Esta diligencia es de índole facultativa y se ajusta a las particularidades del suceso. Cuando la inspección se lleva a cabo en moradas o recintos privados, nos encontramos ante la hipótesis del *allanamiento*, que se contempla en los artículos 225 a 229. Respecto de la búsqueda de efectos sobre las personas, se encuentra previsto como *requisita* en el artículo 230, que es una actividad dirigida a la obtención o secuestro de un objeto que se oculta en el cuerpo o en una pertenencia (ropa, cartera, etc.) de un individuo.
- b) *Reconstrucción del hecho* (art. 221). Si bien en cuanto atañe al imputado el acto tiene características de ejercicio de defensa material, es regulado como un medio probatorio tendente a una representación del suceso investigado a los efectos de saber “si se efectuó o pudo efectuarse de un modo determinado”.
- c) *Operaciones técnicas* dirigidas a brindar asesoramiento sobre aspectos específicos que requieren de conocimientos especializados. El tema se relaciona con la *prueba pericial* prevista a partir del artículo 253.
- d) *Testigos*. El artículo 239 establece la facultad del juez para interrogar a toda persona que tenga algún conocimiento sobre los hechos investigados, la que obligatoriamente deberá comparecer a tales efectos (art. 240).

Así mismo, el digesto sienta la regla, en el artículo 241, de que “toda persona” puede ser testigo, es decir, que no hay incapacidades previas al respecto. La excepción se encuentra en la prohibición de obtener declaraciones en contra del imputado por parte de su cónyuge, ascendientes, descendientes o hermanos (art. 242), salvo que el delito aparezca cometido en perjuicio del declarante. También deberán abstenerse de declarar los involucrados en supuestos de secreto profesional (art. 244).

- e) *Reconocimientos* (art. 270). Se trata del acto específicamente regulado mediante el cual una persona identifica o da indicaciones individualizantes sobre otra que se supone ha intervenido en el hecho investigado. De un modo estricto podría ubicarse esta diligencia dentro de las testimoniales ya que en realidad se trata de un modo concreto de manifestar un testimonio, pero el Código lo disciplina de modo autónomo, estableciendo las formas en que debe efectuarse (arts. 271 a 274). El artículo 275 trata del reconocimiento de cosas.
- f) *Careos* (art. 276). Se trata de confrontaciones entre personas cuyos dichos anteriores manifiestan diferencias respecto a puntos relevantes de la investigación. Respecto de los testigos es obligatorio y en relación al imputado aparece tradicionalmente como una de las manifestaciones de la defensa material.
- g) *Incorporación de objetos* que han tenido que ver con el delito investigado; puede efectuarse mediante el acto coactivo del *secuestro* (art. 231) que comprende tanto elementos sujetos a confiscación como los pertinentes a la acreditación, o mediante *orden de presentación* (art. 232). Los objetos en cuestión deberán ser debidamente inventariados y colocados bajo custodia. Cuando se trata de *intercepción de correspondencia* el digesto

regula el acto ("auto fundado") a través de los artículos 234 y 235. Según el artículo 237, "no podrán secuestrarse las cartas o documentos que se envíen o entreguen a los defensores".

- h) *Intervención de comunicaciones telefónicas* (art. 236) o cualquier otro medio técnico de comunicación. Al igual que en lo relativo al punto anterior y dado que de hecho nos encontramos ante invasiones en el ámbito de la privacidad, la medida debe ser dispuesta en auto fundado y de interpretación restrictiva.

Los Códigos provinciales del sistema mixto, de los cuales deriva el federal, regulan la cuestión de manera semejante. En digestos más actualizados y en diversos proyectos, la cuestión probatoria aparece regulada como una unidad específica, dejando de ser parte de la instrucción y tomada en su debida consideración general, ya que dentro de la mecánica acusatoria el tema interesa, fundamentalmente, respecto del juicio.

El nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba sienta la regla de que "todos los hechos y circunstancias relacionados con el objeto del proceso pueden ser acreditados por cualquier medio de prueba" (art. 192), con las excepciones ya consideradas, las que, en relación a aquellas obtenidas en contra del imputado a través de un acto que ha significado apartarse de las garantías constitucionales, son expresamente inadmisibles a través de la regla de "exclusión probatoria" (art. 194).

El tema de la prueba se encuentra legislado dentro del Libro Primero que trata de las Disposiciones Generales, apareciendo dentro del Capítulo 9. Referente a los medios, se disciplina lo relativo a *Inspección y reconstrucción; Registro y requisita; Secuestro; Testigos; Peritos; Intérpretes; Reconocimientos, y Careos*.

Similar estructura mantiene el Código Procesal Penal de la Provincia de Tucumán y los diferentes proyectos actualizados.

8. Medios de prueba

Reciben esta denominación los modos mediante los cuales se procura la reconstrucción histórica de los hechos pertinentes a la atribución delictiva cuya determinación interesa al proceso, a los que ya se aludió al considerar la regulación legal. Por *medio* podemos entender los *modos instrumentales* a través de los cuales ingresa información al proceso. En tal sentido, constituyen las diligencias específicas destinadas a la incorporación de datos relacionados con el objeto investigado y discutido. Son *métodos* para la recolección e incorporación de informaciones relativas a los hechos constitutivos de las atribuciones delictivas y se dirigen a que la *f fuente* (el dato existente en la realidad) de información transmita o incorpore el conocimiento respectivo. La investigación se dirige a las fuentes, indicadas por la noticia del delito o supuestas conforme a las reglas de experiencia y, a través de los medios, las examina e introduce dentro del proceso las constancias que interesan. De tal modo, coincidimos con D'Albora en que medios de prueba son las "regulaciones establecidas para posibilitar el acceso al objeto de la prueba"²⁴ a través del cual se obtiene el conocimiento judicial.

Devis Echandía, luego de pasar revista a las distinciones teóricas que al respecto ha hecho la doctrina italiana, entiende por medios de prueba "los instrumentos y órganos" que suministran al juez los conocimientos necesarios a su decisión. Este concepto abarca la manera como se verifica la adquisición procesal de la prueba, los instrumentos utilizados y las condiciones en que deben emplearse para alcanzar el conocimiento de los hechos.

En esta idea se pone especial relevancia en que los medios de prueba son auténticos nexos entre el objeto a comprobarse y el conocimiento que sobre el mismo debe alcanzar el juzgador.

²⁴ D'ALBORA, ob. cit., p. 218.

Debe señalarse que lo relativo a los medios de prueba aparece desde antiguo regulado en los digestos pertinentes, ya que resulta obvio que la cuestión de las probanzas no puede quedar librada al azar o al arbitrio de los interesados, sino que debe aparecer como un encausamiento de actividades disciplinadas específicamente. Igualmente, debe mencionarse que la doctrina tradicional ha efectuado diversas (y en ocasiones farragosas y poco útiles) distinciones y clasificaciones sobre los diversos medios de prueba, tomando en cuenta tanto sus particularidades específicas como el tipo de conocimiento que suministran y sus respectivos valores acreditantes.

Al reseñar la evolución histórica sobre la materia, señalamos que desde los primeros tiempos aparecen reglamentaciones sobre los medios probatorios, los que dentro del sistema inquisitivo alcanzan una total y completa sistematización.

Desde un punto de vista general y tomando en cuenta las actividades a llevarse a cabo, puede decirse que los medios de prueba se estructuran dentro de los ordenamientos procesales como series de actos establecidos por esa legislación, mediante los cuales se introducen en el proceso los elementos capaces de producir un conocimiento cierto o probable de los hechos concretos de incidencia legal.

En los códigos de influencia inquisitiva, sujetos en gran medida al denominado sistema de las pruebas legales, se observa una preceptiva minuciosa sobre estos procedimientos, regulándose en torno a la etapa instructoria, que se entendía como "adquisitiva", reservándose la etapa del juicio para un mero debate sin incorporaciones acreditantes. Al respecto es claro el ejemplo del Código Federal de 1888 y el aún vigente en la Provincia de Santa Fe, donde la actividad probatoria es voluntaria y en la práctica excepcional e irrelevante. Esta mecánica implica dejar toda la tarea de acreditación al instructor, quien la efectúa discrecionalmente y sin control paritivo, reservando el plenario para la discusión de lo ya hecho.

La tendencia actual, en cambio, se inclina hacia un sistema de regulación integral y hacia el abandono del antiguo casuismo.

La cuestión relativa a los elementos con los cuales se va esclareciendo o se pretende esclarecer el hecho, ha registrado una notoria evolución que a lo largo de la historia podría sintetizarse diciendo que desde una anarquía empirista se llegó a una completa regulación, de extremos poco menos que asfixiantes, para luego avanzar hacia una creciente flexibilidad en la que las reglas son principalmente indicativas, de índole general y de interpretación analógica para casos no específicamente previstos, evitándose el casuismo. De esta manera, pareció entenderse que cada caso podía ofrecer particularidades específicas y que no sólo no era aconsejable, sino tampoco posible, preverlo todo, lo que ha adquirido evidencia con la incidencia de medios tecnológicos.

Sobre el particular, rige el principio de libertad probatoria, limitado a lo relativo al estado civil de las personas y, por supuesto, al cumplimiento de las garantías constitucionales. Dentro del proceso penal todo objeto de prueba puede ser introducido válidamente por los medios que se entiendan pertinentes, en la medida en que no se vulneren derechos del imputado (prohibición de obligarlo a prestar declaraciones contra sí mismo, invasión indebida en su esfera de privacidad, oportunidad de control sobre diligencias irreproducibles, etc.). Por otra parte, el criterio de pertinencia y también de debido contralor acorde con las reglas valorativas debe estar presente en una materia donde, como ya lo dijimos, la discrecionalidad no debe trascender nunca los marcos que llevan a la arbitrariedad.

9. De los medios de prueba en particular

Si bien el principio de libertad en la elección de los medios

probatorios es la regla, los digestos procesales continúan manteniendo una sistemática de inspiración inquisitiva, como lo vimos al tratar del Código Procesal Penal de la Nación, y que, en ocasiones, aparece resentida por excesos casuísticos. Todos los códigos del país regulan detalladamente aspectos relativos a lo que podríamos denominar como pruebas principales o habituales, a saber:

A) *Inspecciones judiciales*

Se trata de aprehensiones de datos relativos al hecho investigado efectuadas en forma directa por el juez o el fiscal a cargo de la investigación, mediante su percepción personal. Pueden referir a personas, lugares, objetos y demás rastros o huellas que el suceso pudiese dejar.

Este medio de prueba aparece como una derivación lógica y natural del papel preponderante que adquiere el órgano jurisdiccional como director de la investigación instructoria o el fiscal como director de la investigación preliminar, como derivación de los principios de oficialidad. De ahí que las facultades al respecto sean amplias, pudiendo también recurrirse al concurso de peritos y auxiliares. De todo lo comprobado mediante este medio, se dejarán constancias a través de actas en las que figurarán los detalles pertinentes, agregándose en los casos en que fuere necesario o conveniente, fotografías, dibujos, croquis o planos.

Las disposiciones que regulan este medio probatorio se aplican también a las inspecciones que realizan los organismos policiales. Lo realmente importante es que, producido un hecho presuntamente delictivo, se procure que quien tenga a su cargo la investigación tome conocimiento de la manera más directa de la materialidad del suceso. Esas percepciones deberán vertirse, como se dijo, en registros que documenten lo logrado con miras al posterior desarrollo del proceso y ulteriores valoraciones.

Como se indicó, la inspección puede comprender:

a) *Lugar*

Refiere, principalmente, a un conocimiento del sitio donde se produjo el hecho; para ello el encargado de la investigación se constituirá en el sitio donde aconteció el suceso delictivo, ordenando el levantamiento de planos, croquis y cualquier otro elemento que pueda servir a la investigación y verificando, en su caso, la existencia de huellas o rastros.

En las constancias que se labren se deberá describir todo lo relativo a lo inspeccionado, características, particularidades, estado de las cosas y ubicación de las mismas.

b) *Cosas u objetos*

Estas palabras son empleadas aquí en su más amplia y genérica extensión, abarcando cualquier elemento material que guarde relación con el hecho investigado. Dentro de este rubro adquiere especial importancia el examen de armas, ganzúas, implementos de escalamiento, instrumentos quirúrgicos, vehículos, etcétera. Al igual que en el caso de los lugares, se describirán detalladamente el estado en que se encuentran, las señas de uso, su ubicación, características y demás datos conducentes a las particularidades de los objetos.

c) *Personas*

Este aspecto se limita a lo que podríamos denominar examen físico de los individuos, tanto de la eventual víctima como del imputado. Comprende el examen integral físico en relación con el hecho delictuoso. Por imperio del principio de incoercibilidad del imputado, no podrá obligársele a intervenir de modo activo ni sometérsele a exámenes que impliquen afectaciones graves.

d) *Estado mental*

Las mismas disposiciones que hablan de los exámenes físicos también incluyen lo relativo al estado mental, lo que resulta relevante en orden a cuestiones de imputabilidad.

e) *Cadáveres*

Por lo general, los códigos establecen que cuando hubiese resultado la muerte de alguna persona deberá consignarse la naturaleza, número y situación de las lesiones que presentase, la posición en que fue encontrado el cadáver, la dirección de los rastros de sangre y demás circunstancias que se advirtieren; así mismo, abundan en disposiciones concordantes de sentido preponderantemente técnico.

B) *Reconstrucción del hecho*

Las ideas generales expuestas con respecto al ítem anterior guardan puntos de aplicación sobre lo atinente a las reconstrucciones del suceso delictivo, ya que, en definitiva, las mismas no son otra cosa que una forma de conocimiento directo del instructor sobre lo investigado. Este medio probatorio se ubica, junto a las inspecciones, dentro de la categoría que Florian denomina como “medios que le sirven al juez para adquirir conocimiento del objeto de prueba mediante su propia percepción directa”²⁵.

Se trata de un acto mediante el cual, sobre la base de las versiones en torno a la plataforma fáctica de la atribución delictiva, se procura una disposición de las condiciones, formas y maneras en que el acontecimiento se produjo. Es una repetición artificial del real según los dichos de los involucrados y/o testigos del hecho. Intenta indagar sobre las verdaderas causas y modos en que el suceso se produjo, buscando determinar con precisión la materialidad del caso. Aparece

²⁵ FLORIAN, Eugenio, *De las pruebas penales*, trad. de J. Guerrero, Temis, Bogotá, 1976, t. II.

casi como una representación actoral, como una reproducción artificial e imitativa de un hecho; no importa cuál sea el hecho, pues lo que cuenta es que se refiera al objeto del proceso y que influya sobre éste; sin embargo, tradicionalmente la posibilidad de la reconstrucción encontró límites: en primer lugar, el derivado de la incoercibilidad del imputado, quien puede negarse a hacerla (ya que es también, fundamentalmente, una manifestación de defensa material) y en segundo término, rige la prohibición de reproducciones que ofendan sentimientos morales, o las que puedan poner en peligro el orden público.

C) *Interrogatorio del imputado. Prueba confesional*

Ya hemos señalado que de los sujetos procesales el imputado es uno de aquellos considerados como esenciales; también, que su carácter de parte aparece cada vez mayormente potenciado. En ambos aspectos se encuentra investido de garantías fundamentales de directa derivación constitucional, siendo entonces pertinente recordar todo lo expuesto al respecto, ya que esa sistemática tiene incidencia en lo considerado.

Sin embargo, debemos ahora enfocar al imputado en relación a los medios de prueba. Dentro de esta perspectiva puede ser objeto de prueba a través de la inspección judicial y de las eventuales peritaciones sobre él realizadas, con las limitaciones inherentes al principio de incoercibilidad.

Pero lo que en este momento interesa es analizar el valor probatorio de sus dichos, sin olvidar que, principalmente, las oportunidades en que los expresa constituyen manifestaciones de defensa material. De esta manera, debe quedar perfectamente en claro que las declaraciones del imputado tienen el fundamental valor de intentos defensivos y que, en toda circunstancia, deben ser rodeadas de las garantías y seguridades que al respecto establecen la Constitución Nacional, las cons-

tituciones provinciales, los instrumentos internacionales y los códigos procesales.

Lo que acá debe dilucidarse es el delicado, y por cierto aún no resuelto convenientemente, problema del inculpado como fuente de prueba. Sobre este particular, reseña Florian que en las primeras fases del procesal penal el acusado aparecía sin duda alguna como el protagonista de la prueba. En el teatro de la lucha sólo él se mide con el adversario y a él se refieren o tienden los elementos de prueba; en las ordalías, en los duelos judiciales, en los juicios de Dios, en el juramento, se nos presenta en diversos aspectos, pero siempre en función de factor único de prueba.

Posteriormente y a través del desarrollo del sistema inquisitivo, el imputado se configura como un objeto y no como un sujeto de derechos, absolutamente subordinado y sometido a la investigación y contra quien se dirige la actividad probatoria, pudiendo ser sometido a todo tipo de interrogatorios, gravámenes, coacciones y aun tormentos para arrancarle declaraciones conducentes a la averiguación de los hechos investigados y la admisión de culpabilidad con la que debía finalizar el procedimiento.

Contra tales excesos reacciona vigorosamente, como ya ha sido estudiado, el pensamiento liberal, produciéndose al respecto una evolución aún no concluida, ya que las prácticas investigativas (especialmente las llevadas a cabo por organismos policiales) continúan apelando al expediente de los apremios para el logro de datos que se entienden necesarios. De ahí que la solución correcta sea la de impedir que durante la etapa de prevención puedan realizarse interrogatorios sobre el hecho y de quitar valor probatorio en contra del imputado a cualquier declaración prestada fuera de las oportunidades judiciales, con la presencia del defensor²⁶.

²⁶ HENDLER, Edmundo, *La declaración del inculpado y un famoso precedente de los tribunales estadounidenses*, en *Doctrina Penal*, Buenos Aires, 1988, ps. 123 y ss.

De acuerdo con los principios imperantes actualmente dentro de las legislaciones modernas, debemos distinguir en el tema dos aspectos: el primero, es el relativo a la posibilidad de que los instructores puedan efectuar válidamente interrogatorios al imputado y extraer de los mismos elementos con pertinencia y utilidad para la causa, aun en contra del propio encartado, y el restante, es el análisis de la confesión como prueba específica.

Comencemos con lo primero: los digestos procesales consagran, por lo general expresamente, la facultad de someter al imputado a estos interrogatorios debiendo en ambos casos hacerse saber al justiciable el derecho que le asiste de negarse al mismo.

Esto significa que dentro de nuestra sistemática legal el interrogatorio del imputado aparece consagrado, a más de una manifestación de defensa material, como un medio probatorio. Para su validez, se exige que sea realizado sin coacciones ni constreñimientos y contestado voluntariamente. Cumplidos estos requisitos podrá ser entendido como un elemento más dirigido a la investigación del suceso atribuido, que deberá ser valorado de modo coherente con los restantes elementos de juicio.

Cuando de las respuestas a los interrogatorios judiciales se establecen admisiones de autoría respecto al hecho delictivo, nos encontramos ante la confesión, entendida como declaración de admisión del hecho imputado; de esto surge que se trata de un dato pertinente al conocimiento sobre el hecho investigado, prestado precisamente por aquel que se ve perjudicado por la acreditación de esa información. Dentro del proceso penal únicamente el imputado puede ser órgano de la prueba de confesión, siendo este medio una forma de transmitir información directa emanada del propio protagonista.

Dentro del proceso inquisitivo, y a través de la tasación del valor probatorio propia de las pruebas legales, la confesión

era considerada la prueba por antonomasia y, consecuentemente, se le otorgaba un carácter decisorio. Igualmente, en el proceso civil, continúa manteniendo singular importancia, pero claro está, sujeta a otras regulaciones y circunstancias. Dentro del proceso penal, ante el convencimiento de los abusos y desnaturalizaciones a que puede dar lugar y por aplicación de los principios que gobiernan la cuestión, existe predominio en aquellas tendencias que limitan estrictamente ese medio probatorio.

D) *El asesoramiento técnico. La peritación*

Las características mismas de los hechos propios del suceso delictivo investigado hacen que sea asaz frecuente que el juez necesite del auxilio de expertos que lo asesoren en cuestiones que exigen conocimientos especializados. Igualmente, el avance científico, con la incorporación de técnicas específicas sobre los más variados campos, permite contar con métodos serios y objetivos de singular importancia para la determinación de aspectos de directa incidencia sobre el objeto procesal. De esta manera, el juez puede acceder a elementos de convicción mediante el aporte de auxiliares idóneos en el campo de que se trate, todo lo cual conforma lo que se refiere a una apoyatura, asesoramiento o dictámenes de índole técnica y que también comprende lo denominado como prueba pericial.

Ahora bien: esta idea del asesoramiento técnico de disciplinas o artes no jurídicas, imprescindible en el moderno proceso, que cada vez tiende mayormente hacia la incorporación de elementos de conocimiento especializado sobre hechos relacionados con el objeto procesal, implica dos niveles que es menester distinguir: en el primero, que podemos entender como amplio y no estricto, se comprenden la generalidad de los aportes provenientes de idóneos (comprobaciones preventivas sobre cuestiones balísticas, exámenes de rastros, da-

tos dactiloscópicos, detalles médicos, etc.), y en el segundo, se abarca lo relativo a un medio de prueba particular, rodeado de formalidades que lo definen dentro de los restantes.

En lo que atañe a lo primero, lo señalado puede constituir un asesoramiento para el investigador judicial, tanto para el instructor como para el fiscal o el defensor y en tal aspecto está fuera de la cuestión procesal; pero igualmente resulta habitual que el señalado tipo de informes ingrese en el proceso a través de los sumarios de prevención, apareciendo con frecuencia como "peritaciones *sui generis*" que, por no reunir los requisitos de control y las condiciones que la propia ley procesal establece no podrán ser tenidos en cuenta para el pronunciamiento de mérito²⁷.

Precisamente, la incidencia que sobre la solución de la causa puede tener la determinación de un elemento técnico lleva a que la regulación sobre la materia sea estricta y configure lo que en sentido propio constituye la *prueba pericial*.

Los códigos de la materia establecen que el juez podrá ordenar el examen pericial, aun de oficio, toda vez que, para conocer o valorar algún hecho o circunstancia relativo a la causa, fueran necesarios o convenientes conocimientos especializados en determinado arte, ciencia o técnica, debiendo señalarse que las disposiciones concordantes establecen requisitos para determinar la idoneidad o calidad habilitante del perito. Del mismo modo se manda que los puntos a plantearse surjan de oficio o a propuesta de partes; deberán fijarse con claridad, ya que sobre éstos versará el examen respectivo, lo que es de importancia básica, porque el sentido y posterior valor probatorio de la pericia derivará precisamente de la respuesta que se suministre a la cuestión

²⁷ JAUCHEN, Eduardo, *La prueba en materia penal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1992. En p. 218 se señala con acierto: "La determinación de la naturaleza jurídica de estos informes periciales es de capital importancia debido a que de no reunir los caracteres y cualidades que hacen a alguno de los medios probatorios previstos por la ley procesal, no podrán ser valorados como tal".

puesta, cuestión que debe reunir los ya señalados requisitos de pertinencia y utilidad.

El o los peritos intervinientes deberán llevar a cabo los exámenes que correspondan, cuyo detalle deberá constar en el informe final; igualmente, en el habitual caso de ser varios, deliberarán (en sesiones secretas) valorando las tareas realizadas y los resultados de las mismas, y finalmente plantearán sus conclusiones, fundamentándolas de acuerdo con las reglas de la ciencia, técnica o arte de que se trate. Si estuviesen acordes, redactarán el informe en común y, en el supuesto de que así no fuere, deberán hacerlo por separado.

El carácter eminentemente técnico de este medio probatorio exige que la tarea pericial se lleve a cabo del modo más fundado, serio y riguroso posible. Por otra parte, esta exigencia puede comprenderse como una consecuencia estricta del principio de racionalidad cuya generalidad adquiere, en este terreno, especial y significativa importancia.

El dictamen pericial no tiene carácter vinculante para el juzgador, quien lo valorará conforme a los principios comunes. Pero es obvio que para apartarse de las conclusiones de los idóneos tendrá que explicar y fundar los motivos del disenso.

Resumiendo lo hasta ahora expuesto en torno a este particular medio de prueba, señalemos:

- 1) Corresponde utilizarlo cuando surja la necesidad de determinar fehacientemente hechos o circunstancias pertinentes a la causa que exijan conocimientos especializados en una ciencia, técnica o arte;
- 2) puede ser ordenado de oficio por el instructor o bien dispuesto a pedido de parte, debiéndose en todos los casos notificar, ya que se trata de uno de los actos considerados como irreproducibles o definitivos; los afectados pueden proponer a su costa sus respectivos peritos;

- 3) la tarea de los peritos es un acto eminentemente técnico, reservado a los designados para su realización y cuyos resultados deben formularse en forma detallada y fundada, de acuerdo con las reglas de la materia de que se trate y con las formalidades establecidas en las leyes procesales;
- 4) su valor probatorio será examinado en las oportunidades correspondientes por las partes y decidido por el juez, quien no se encuentra obligado a seguir las conclusiones de los peritos, rigiendo al respecto las reglas valorativas generales.

E) *Prueba testimonial*

Los testimonios han sido considerados desde antiguo como uno de los más importantes medios de prueba, siendo abundantes y remotos los antecedentes históricos, amplio el desarrollo legislativo y numerosos los aportes doctrinarios al respecto.

A este medio probatorio se lo ha denominado prueba testimonial, prueba de testigos o simplemente testimonios, que es el vocablo de mayor amplitud. Aparece regulado con detalle en todos los códigos vigentes, tanto civiles como penales, adquiriendo en la investigación y discusión penal especial trascendencia y amplia aplicación práctica.

Karl Mittermaier nos dice que la palabra testigo designa al individuo que comparece o es llamado a declarar sobre su experiencia personal acerca de la existencia y naturaleza de un hecho, recordando, en nota, que el término deriva del latín *testis* que nombra a quien se encuentra directamente a la vista de un objeto y conserva su imagen²⁸. Desde el punto de vista procesal, es aquel que, llamado a la causa,

²⁸ MITTERMAIER, Karl, *Tratado de la prueba en materia criminal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1979, p. 319.

habla y refiere, relata lo que ha visto o sabe sobre un suceso o circunstancia.

En general, los autores que tratan del tema coinciden en destacar que dentro del cuadro de las pruebas, la testimonial es la mayormente utilizada dentro de las prácticas judiciales, ya que sin lugar a dudas constituye una de las manifestaciones comunicacionales básicas.

Devis Echandía dedica extensas y fundadas páginas a este medio probatorio, al que entiende tan viejo como la humanidad, y relacionado antropológicamente con las maneras habituales de comunicarse entre los hombres a través del lenguaje. Cita también la divulgada expresión de Bentham de que “los testigos son los ojos y los oídos de la justicia” y reseña la evolución normativa de esta prueba, cuyos antecedentes pueden rastrearse en todos los digestos hasta el Código de Manú.

Desde el punto de vista jurídico, puede caracterizarse el testimonio como el acto procesal mediante el cual una persona informa sobre lo que sabe de circunstancias, datos o hechos. A la manera de un relato, se representa o narra un hecho ya acaecido, sobre el que guarda memoria el declarante. Por esto, la doctrina tradicional señala que la prueba testimonial es una de las indirectas o mediatas, donde no hay una percepción directa del órgano jurisdiccional, sino que éste llega al conocimiento de lo que se trate a través del testimonio. Lo único que el juzgador percibe es el testimonio y, de acuerdo con sus características, concordancias y pertinencia, sacará conclusiones sobre la verdad de lo relatado.

En nuestra doctrina, Clariá Olmedo coincide con los tratadistas extranjeros en destacar la especial importancia que reviste este medio de prueba dentro del proceso penal. En opinión del autor del conocido *Tratado*, el testigo es aquel que declara en el proceso para dar fe, a través de sus dichos, acerca de datos o circunstancias probatorias que puedan pro-

ducir conocimiento en el juez acerca del objeto procesal. Señala que dentro del proceso penal puede entenderse por testimonio toda manifestación oral o escrita que implique transmitir ante el funcionario competente un conocimiento, emanado del declarante destinado a dar fe sobre el suceso investigado.

Por las mismas particularidades de los hechos que dan origen al proceso penal, es evidente que este tipo de prueba aparece como el más corriente y útil. Mientras en el proceso civil puede advertirse una importancia creciente de la prueba documental, dentro del penal el testimonio continúa manteniendo su plena vigencia. Sin embargo, a poco que se piense en el problema, es notorio que son muchas las dificultades y aun peligros que pueden derivarse de los testimonios. Al respecto, los modernos estudios de psicología judicial han mostrado los diversos interrogantes que operan sobre este tipo de declaraciones, tanto en relación a la percepción, la memoria y las formas del relato, como sobre los intereses y condicionamientos que pueden operar sobre el testigo. De la misma manera, las regulaciones procesales han tratado, a través de sus disposiciones, de disciplinar rigurosamente la producción de las testimoniales, buscando sentar criterios objetivos que aseguren imparcialidad y verdad.

Los códigos modernos comienzan el tratamiento de la prueba testimonial (a la que dedican capítulos específicos) con una norma de índole general que establece que se interrogará a toda persona que conozca los hechos investigados cuando su declaración pueda ser útil para descubrir la verdad. Glorioso el precepto del anterior Código cordobés, Núñez dice que testigo es la persona que tiene conocimiento personal de hechos que interesa esclarecer en el proceso, es decir, a aquel que, por cualquier circunstancia, puede aportar datos derivados de su percepción directa sobre algún elemento pertinente al objeto de la relación procesal. Por lo general, no es

cuestión de opiniones o pareceres, sino de datos sobre hechos concretos. Pero este concepto de "hechos" debe ser comprendido, como lo señala Devis Echandía, de una manera sumamente amplia, incluyendo dentro del término todo aquello que puede ser objeto de prueba.

Referente a la *obligación de testificar*, las regulaciones procesales la establecen para todo habitante del país que sea convocado debidamente por disposición de autoridad competente. La regla es la de que todo habitante tendrá la obligación de concurrir al llamamiento judicial y declarar la verdad de cuanto supiere y le fuere preguntado. Para el logro del cumplimiento de esta carga, el órgano jurisdiccional aparece dotado de facultades de compulsión expresamente establecidas. Esta obligatoriedad de índole general que abarca a todo habitante (entendida como consecuencia directa del art. 7º, Const. Nac.) concuerda con el precepto que establece, en lo que atañe a la capacidad para atestiguar, también la mayor amplitud; así, capacidad y obligatoriedad, salvo excepciones expresas, juegan armónicamente, reforzando la idea de que este medio de prueba fundamental para el proceso penal no tiene otras limitaciones que las que la misma ley fija. Ello, claro está, sin perjuicio de la meritación que el juzgador efectúe sobre el valor de los testimonios en relación a las características personales de aquellos de quienes provienen.

De esta forma puede concluirse de una manera general que todo aquel que tenga conocimiento sobre alguna circunstancia relativa a los hechos investigados puede ser obligatoriamente convocado por el órgano jurisdiccional, ya fuere de oficio o por indicación y/o propuesta de parte, a prestar declaración testimonial. En tal aspecto, de acuerdo con la regulación legal toda persona podrá atestiguar, inclusive el denunciante, el actor civil y los funcionarios policiales con respecto a los actos de investigación que hubieren practicado.

Como excepciones al principio o regla de la generalidad de la posibilidad y consecuente obligatoriedad de ser testigo, las legislaciones procesales establecen *casos de prohibición de declarar*, fundados en razones de índole afectivo-familiar; así, no pueden declarar en contra del imputado, bajo sanción de nulidad, su cónyuge, ascendientes, descendientes y hermanos, salvo cuando uno de éstos haya sido víctima del delito en cuestión. De la misma manera, se impide la declaración de aquellas personas que, por la índole de sus funciones, hayan accedido al conocimiento de los hechos bajo secreto profesional. Por lo general, se admite que si el interesado los libera de la debida reserva, podrán declarar.

Igualmente, se contemplan casos de *facultad de abstención*. Tal el caso del artículo 252 del Código Procesal Penal de Santa Fe: "Podrán abstenerse de declarar en contra del imputado, sus parientes colaterales hasta el cuarto grado de consanguinidad o segundo de afinidad, su tutor, curador o pupilo..."

El deber cívico de comparecer ante los estrados tribunales para prestar declaración se exceptúa en aquellos casos en que se trate de personas físicamente impedidas, supuesto en el cual se les interrogará en su domicilio. También cuando se trate de autoridades máximas del Poder Ejecutivo Nacional y Provincial, legisladores, magistrados y funcionarios judiciales, oficiales superiores en actividad de las Fuerzas Armadas, rectores universitarios, diplomáticos, dignatarios de la Iglesia e intendentes.

Respecto al número de testigos, las legislaciones modernas no consagran limitaciones, guiándose el juez por los criterios de pertinencia y necesidad.

En lo que atañe a la *forma de los interrogatorios*, antes de comenzar el mismo el juez deberá comprobar la identidad del declarante y le hará conocer las penalidades por falso testimonio, exigiéndole juramento o promesa de decir verdad;

seguidamente se preguntará por lo que en la práctica forense se denomina “generales de la ley”, es decir, datos personales y relaciones o vinculaciones con los involucrados en lo investigado, a los fines de ponderar su imparcialidad. A continuación, se los interrogará sobre el conocimiento que tengan acerca del hecho que se investiga y demás datos o antecedentes que puedan ser de interés con relación a la causa.

Como bien dice Clariá Olmedo, estas preguntas sobre el objeto de la relación procesal constituyen “el contenido medular”, ya que serán las aportaciones que el declarante efectúe en orden a la transmisión de un conocimiento sobre el hecho motivo del juzgamiento. Las preguntas –sin perjuicio de los casos en que las partes formales cuentan con autorización para hacerlas en forma directa– serán formuladas por el órgano jurisdiccional, quien tiene el contralor fundamental de todo lo relacionado con la prueba testimonial, siendo al respecto de estricta importancia la inmediatez con vistas a la ulterior valoración.

Durante la etapa instructoria, lo relativo a las testimoniales será de estricta incumbencia del magistrado interviniente. Los funcionarios policiales a cargo de la prevención inicial también podrán llevar a cabo interrogatorios de testigos, pero en los códigos actualizados estas declaraciones deberán judicializarse. En la etapa del juicio las partes podrán proponer testigos (durante la instrucción pueden indicarlos); en códigos antiguos, como el federal, las listas debían ir acompañadas de pliegos de preguntas; en cambio, en los modernos, acordes con la sistemática de la oralidad, sólo se deberá hacer saber los hechos o circunstancias sobre los que girará el examen.

De los dichos de los testigos, se labrarán las correspondientes actas, las que serán rubricadas por el declarante, el juez, el secretario y las partes que hayan asistido.

F) *Careos*

Es el enfrentamiento ante el órgano jurisdiccional entre dos personas que al declarar anteriormente dentro del proceso han manifestado en forma discrepante. El articulado de los códigos establece que podrá ordenarse el careo de personas que hayan declarado en el proceso cuando entre ellas hubiera discrepancias sobre hechos o circunstancias importantes y que el imputado no será obligado a carearse, de acuerdo con el principio que prohíbe obligar a declarar contra sí mismo y que este acto, respecto del justiciable, constituye una manifestación de defensa material.

Los antecedentes históricos de este medio de prueba se sitúan en tiempos remotos y ha sido también denominado como confrontación. Asimismo ha sido discutida la naturaleza de este procedimiento, al que se lo ha ubicado en algunas obras como una simple extensión o derivación de la testimonial. Pero lo propio del careo es que permite al órgano jurisdiccional tomar conocimiento directo de los puntos de discrepancia observados en las declaraciones anteriores, procurando que a través del intercambio de los propios sujetos se aclaren las dudas. Florian dice al respecto: que el careo tiene gran importancia, porque puede ser una forma de cooperación en la investigación de la verdad, ya que el contacto entre personas que están en desacuerdo, el intercambio amistoso o inamistoso de ideas e impresiones, la evocación de recuerdos que entre ellas puedan hacerse, o también el choque rudo, hostil y violento entre una y otra persona, pueden aportar fecundos elementos de convicción, disipar muchas dudas y aclarar numerosos puntos oscuros.

A la luz de lo dicho, no puede discutirse que el careo resulta un medio de prueba complementario y que el mismo presupone la existencia de anteriores declaraciones, obrantes en el proceso, aunque la experiencia indica que no siempre estos proclamados objetivos son conseguidos.

El examen de los dichos precedentes llevará a la merita-
ción de la necesidad de las confrontaciones, las que en su
contenido deben ofrecer puntos importantes de divergencias
o motivaciones serias de duda. La doctrina predominante en-
tiende que para que el careo sea necesario deben existir dis-
crepancias sobre puntos relevantes entre los dichos de las
personas que se someterán a la confrontación, vale decir con-
tradicciones con respecto a un mismo hecho o circunstancias
relatadas por una y otra. Por cierto que esas discrepancias
tienen que ser significativas y pertinente su dilucidación a
los fines investigativos.

Por lo general se lleva a cabo entre dos personas. Previa-
mente se hará conocer a los convocados para la confrontación
los puntos de sus anteriores declaraciones que se estiman
contradictorios, llamándoles la atención sobre ellos. De lo que
suceda en la audiencia respectiva, con especial mención a
las ratificaciones, rectificaciones y recomendaciones, se dejará
debida constancia.

Por sus características, este medio probatorio opera en la
etapa instructoria. Los testigos deberán prestar juramento
de decir verdad, lo que obviamente no ocurre con respecto
al imputado. Así mismo, éste podrá estar asistido por su de-
fensor y constituye una tradicional manifestación del derecho
de defensa que dicho imputado pueda pedir ser careado con
los testigos. Correlativamente, el justiciable puede negarse
al careo.

G) *Reconocimientos*

Se trata de la verificación hecha por un testigo de que
una persona o cosa que se le muestra, con las debidas for-
malidades dentro del proceso, es la que anteriormente vio o
conoció en relación al suceso investigado. Desde un punto de
vista general, es el acto procesal que comprueba o determina

la identidad de un individuo u objeto, permitiendo incorporar un conocimiento sobre el particular de la causa.

Los reconocimientos no son sino manifestaciones de la prueba testimonial, pero por sus particularidades y exigencias formales han sido reglamentados específicamente por las legislaciones procesales. De la misma manera, la doctrina ha destacado que el reconocimiento no puede confundirse con una mera indicación o aseveración, sino que debe responder a requisitos que, en lo fundamental, implican que sea el juez quien verifique que en realidad el testigo reconoce al sujeto que se le presenta.

La legislación actual regula el *reconocimiento de persona* en forma específica, como ya se vio al considerar el Código nacional. El acto deberá comenzar con las mismas formalidades que las exigidas para las declaraciones testimoniales y el testigo será luego interrogado a los fines de que aporte los datos que particularizan a la persona indicada y también para que informe si con anterioridad la ha conocido en forma personal o por imágenes y en qué circunstancias. El acto del reconocimiento en sí se realizará mediante el procedimiento de disponer en lugar adecuado a tres o más personas, entre las que se encuentre el que deberá ser reconocido. Por supuesto que ni los que integran la rueda de personas ni el orden de la misma será conocido por el testigo. Una vez dispuesto todo se introducirá a quien ha de reconocer, preguntándosele si entre las personas que conforman la rueda se encuentra la que ha indicado; en caso afirmativo, se invitará al deponente a que la señale clara y precisamente y manifieste si observa diferencias. Si son varios los sujetos a ser reconocidos, se repetirá el procedimiento indicado, ya que cada reconocimiento debe realizarse separadamente.

También prevén los códigos el reconocimiento a través de fotografías, que ocurre cuando sea necesario identificar a una persona que no estuviere presente ni pudiere ser habida; en

tal caso, podrá exhibirse su fotografía, junto con otras semejantes de distintas personas, a quien deba efectuar el reconocimiento, observándose, en lo demás, las reglas precedentes.

En lo que respecta al *reconocimiento de objetos*, el mismo consiste en el acto procesal mediante el cual una persona identifica ante el juez una cosa relacionada con los hechos investigados. El término "cosa" es empleado aquí en su concepto más amplio.

El procedimiento a seguir es similar al normado para el reconocimiento de personas y, por lo general, los códigos modernos se remiten a esta regulación. De todas maneras, la doctrina (en especial Florian) ha indicado que debe procederse a que el deponente efectúe previamente una descripción de la cosa, luego de la cual le será exhibido el objeto, constando finalmente la declaración respectiva.

H) *Documentales*

El concepto de documento empleado por la legislación y doctrina procesal penal es más amplio que el elaborado por la legislación civil. Se ha observado que en esta noción debe incluirse toda atestación personal exteriorizada mediante signos relativamente permanentes; sobre el particular que se denomina documento, es toda atestación, generalmente escrita, por la que se expresa algo referente a hechos o actos capaces de producir efectos jurídicos o de incidir sobre los mismos, elementos de conocimiento, datos o expresiones de sentimientos o voluntad referente a lo investigado. En este sentido, para el Derecho Procesal Penal serían documentos no sólo los caracterizados por la legislación civil y comercial, sino también las cartas, notas, planos y, actualmente, cintas filmicas, televisivas y magnetofónicas, archivos de computación, etcétera. En definitiva: lo que importa es la expresión de un determinado contenido inmaterial o intelectual volitivo, que se refiere a un sujeto que lo ha expresado.

Por medio de esta prueba, se introduce al proceso el conocimiento de manifestaciones de un sujeto que guardan relación con la causa. Tales expresiones deben constar a través de una determinada materialidad (escritura, dibujo, signos, imágenes, sonidos) que permita su conocimiento por quien lo examina.

Se ha observado con acierto que la prueba documental tiene mayor importancia dentro del proceso civil, por la índole de las relaciones reguladas y de sus modalidades; así, la documental instrumental adquiere decisiva trascendencia, cosa que por lo general no ocurre dentro de nuestro ámbito, aunque especialmente en delitos de contenidos económicos adquiera singular relevancia. De ahí que mientras en los digestos procesales civiles se incluye una minuciosa regulación de este medio de prueba y de su eficacia acreditante, no se da lo mismo en los códigos rituales de la materia punitiva. De todas maneras, no está de más recordar que los conceptos elaborados por la legislación civil son de aplicación a esta materia, con especial referencia a la distinción entre documentos públicos y privados. Con respecto a estos últimos, los códigos procesales penales se remiten a los medios de prueba regulados en la legislación procesal civil.

En relación a lo dicho, puede concluirse que dentro del proceso penal se procurarán adquirir o incorporar todos los documentos que atañan al conocimiento del hecho presuntamente delictuoso y a sus diversas circunstancias. Esta incorporación debe entenderse en un sentido amplio, existiendo sobre el particular únicamente las limitaciones que la propia ley establece. Por ejemplo: las misivas privadas que hayan sido sustraídas al correo o a sus destinatarios.

Es sabido que los documentos privados deben ser reconocidos en su contenido y firma por quien los hizo, a los efectos de otorgarles autenticidad. De ahí que deban ser presentados al autor de los mismos a los efectos de dicho reconocimiento.

Sin embargo, por imperio del principio de defensa y de la garantía de no obtención coactiva de declaraciones autoincriminatorias, el imputado no puede ser obligado a que efectúe el acto, al que puede negarse.

Con respecto a los documentos argüidos de falsedad, los códigos prevén un procedimiento especial. Por lo general, la reglamentación pertinente establece que el documento en cuestión deberá ser rubricado por el juez, el secretario y la persona que lo hubiere presentado, levantándose un acta en la que se harán constar todas las particularidades, con especial indicación de aquellos elementos que puedan ser indiciarios de la falsedad sostenida. También se prevé que se efectúen cotejos, consultas a archivos u oficinas que correspondan, o análisis de concordancias y diferencias con documentos originales, como así también peritaciones.

La prueba documental puede ser presentada por las partes o incorporada de oficio por el juez; para ello, el órgano jurisdiccional goza de amplias facultades, pudiendo disponer orden de remisión, secuestros, allanamientos, etcétera. La validez de estas constancias se obtiene, como ya se indicó, mediante el reconocimiento por parte del autor, ya fuere en forma de testimonio o de confesión. De la misma manera, es posible recurrir a peritajes caligráficos o a distintas formas de confrontación.

1) Otros medios de prueba

Los anteriormente considerados figuran en forma específica en las regulaciones procesales vigentes, ya que pueden ser calificados como los más habituales; de la misma manera, una larga evolución histórica ha hecho que tales medios tengan amplia aplicación práctica y considerable análisis doctrinario y jurisprudencial. Por otra parte, el proceso civil mucho ha aportado sobre algunos de esos medios, por lo que de ordinario los códigos procesales penales consagran normas

referentes a que en todo lo que sea aplicable y no esté modificado por dichos digestos, corresponde remitirse supletoriamente a lo dispuesto en la legislación del rito civil.

Sin embargo, por imperio del ya señalado principio de libertad de la prueba, es evidente que los medios precedentemente considerados no pueden interpretarse como taxativos, ya que en manera alguna constituyen un catálogo cerrado.

Los digestos de linaje inquisitivo y la doctrina que los desarrollaba, hablaban de las *presunciones e indicios*. Así, el artículo 257 del derogado Código de Procedimientos en Materia Penal establecía que las presunciones o indicios en el juicio criminal son las circunstancias y antecedentes que, teniendo relación con el delito, pueden razonablemente fundar una opinión sobre la existencia de hechos determinados, regulando posteriormente una serie de requisitos o condiciones para el otorgamiento de valor probatorio a tales elementos.

En realidad no pueden tomarse como sinónimos las palabras presunción e indicios, ya que su significado es diferente. Se observa al respecto que mientras presunción refiere a aspectos relacionados con la carga de la prueba, indicios sí tiene una significación que alude a la adquisición. El término indicio deriva del latín *indicium* que significa hacer conocer algo, indicar, en virtud de una relación lógica que se produce conforme a las reglas normales de experiencia entre el hecho indicador y el hecho indicado. Ahora bien: lo propio de esta forma probatoria es que lo que se prueba no consta en manifestación oral, escrita, fijada en imágenes, etcétera, alguna (es decir, no aparece materializada a través de ninguno de los medios de prueba estudiados), sino que se desprende, como conclusión, de las reglas normales del suceder de los acontecimientos. Así, a través del indicio, de un hecho conocido se induce otro desconocido, lo que, en realidad, es un argumento probatorio.

Se ha discutido si los indicios son verdaderamente un medio de prueba en sentido estricto.

Nos inclinamos por la idea de que la cuestión relativa a los indicios no constituye un medio de prueba, sino que aparece a la manera de una operación lógica, una articulación de elementos de conocimiento derivados de la experiencia y las ciencias, que permite la formulación de conclusiones sobre la realidad de un hecho, lo que lleva a la obvia conclusión de que debe ser considerado con estricta prudencia.

Toca ahora referirnos al tema que ha sido caracterizado como la multiplicidad de *nuevas pruebas* derivadas del avance científico y su aplicación tecnológica, es decir, procedimientos determinativos y reproductivos tales como los informes dactiloscópicos, caligráficos, escopométricos, hematológicos, fónicos, somáticos, televisivos, informáticos, etcétera. Es indudable que el desarrollo científico y tecnológico, de vertiginoso desenvolvimiento en los últimos años, ha permitido contar con elementos de todo tipo que, en lo que hace a nuestra materia, permiten formas de registración, comunicación y comprobación antes insospechadas. Todo ello puede y debe aprovecharse en procura de mejores métodos de investigación, acreditación y administración jurisdiccional, no existiendo, siempre que se observen las garantías esenciales (los riesgos de invasiones indebidas en la privacidad son enormes), impedimento ninguno para su incorporación y utilización dentro del proceso penal. Por otra parte, en la mayoría de los casos, esos métodos podrán ubicarse dentro de alguna de las categorías tradicionales de los medios de prueba ya estudiados, con especial referencia a las peritaciones, informes técnicos documentales.

10. La actividad probatoria en el desarrollo del proceso

Habida cuenta de la importancia decisiva de la acreditación de todo lo referente a la atribución delictiva, va de suyo

que la actividad probatoria puede considerarse como un eje en torno al cual gira el desenvolvimiento procesal penal. Puesto en claro esto, toca considerar ahora el funcionamiento de dicha actividad dentro del proceso penal.

En tal sentido, ya hemos indicado que la actividad probatoria debe responder, de acuerdo con los datos iniciales de la *notitia criminis* y la configuración de la atribución delictiva que aparecerá, en cuanto conjunto o situación fáctica, como objeto de la relación procesal, a la necesidad de debida acreditación, con miras a la declaración final de certeza. Esto significa que el tema u objeto probatorio serán las diferentes circunstancias de hecho que resulten pertinentes para delimitar la verdad histórica de una conducta realmente acaecida que responda a la descripción abstracta de la norma sustantiva penal invocada en el caso. Como ha sido puntualizado por la doctrina, se trata de comprobar los hechos relevantes con significación objetiva y subjetiva sobre los cuales versa la imputación, que se considerarán en el debate y que deben probarse por constituir el presupuesto de los efectos jurídicos perseguidos por las partes, sin cuyo conocimiento el juez no puede decidir en el juicio de responsabilidad. En definitiva: en cada proceso penal deberán acreditarse todos aquellos hechos que conforman la plataforma fáctica de la aplicación al caso de las normas jurídicas, teniéndose presente los elementos de la teoría del delito y las particularidades de la figura punitiva en cuestión.

Dentro del desarrollo habitual de un proceso penal, la etapa investigativa se define por un sentido eminentemente asegurador de aquellas constancias necesarias para el posterior juicio. Oderigo enfatizó con acierto sobre esta característica de la instrucción formal definiéndola como "adquisitiva probatoria", lo que lleva a que este período, por las mismas exigencias de los temas involucrados, debe distinguirse por su celeridad y dinamismo. Producido un hecho presuntamente

delictivo, corresponde al instructor, ya sea por sí o con ayuda o sobre la base de la actividad preventora, reunir aquellas constancias que hagan a la comprobación del hecho punible y a la delimitación de las diversas circunstancias que influyan en el conocimiento de las modalidades con relevancia para la calificación legal del mismo. De acuerdo con esto, la adquisición probatoria aparecerá por los principios (y por las facultades derivadas de éstos) de oficialidad y discrecionalidad. Según la idea de que "probar" significa crear el convencimiento del juez sobre la existencia o inexistencia de hechos de importancia en el proceso, la actividad en cuestión se dirigirá al logro de las constancias, mediante los medios legales, orientadas a dar base a la pretensión punitiva o acusación. Porque el sentido inquisitivo de la instrucción tiende, en la moderna estructuración del proceso, no a la sentencia, sino a la acusación, por lo que en la investigación fiscal preliminar será el propio fiscal quien busque los elementos confirmatorios de su demanda de justicia.

En cambio, el plenario o juicio implicará el examen contradictorio de esas constancias, como así también los nuevos exámenes y la presentación de pruebas no obrantes con anterioridad, todo con miras a la decisión final. Al respecto, y al contrario de lo que normalmente acontece en la práctica (al menos en los códigos escrituristas), mientras la instrucción debe ser meramente preparatoria, el juicio tiene que constituirse en el momento central del proceso, incorporándose al mismo todo lo relacionado con la actividad probatoria, con control de partes y en relación de inmediatez para el órgano jurisdiccional.

Es de observar que los códigos tradicionales, como ya se señaló, legislan sobre los medios de prueba dentro de las disposiciones relativas a la instrucción, en lugar de hacerlo en forma general. Esto pareciera indicar que la reglamentación responde al convencimiento de que la actividad perti-

nente se cumple fundamentalmente en esa etapa, cosa que en la realidad tribunalicia es deplorablemente cierta. Por el contrario, creemos que durante esa etapa deberían tener lugar sólo aquellas diligencias más urgentes y, fundamentalmente, las que por las características de los hechos serían luego imposibles o irreproducibles. En cambio, en el juicio, mediante la actividad de las partes y con contralor recíproco, tendrían que producirse las acreditaciones pertinentes a las posiciones acusatorias y defensivas, en un verdadero contradictorio garantizador del debido proceso.

11. La valoración de la prueba

Toca ahora ingresar en el aspecto verdaderamente fundamental de la cuestión probatoria, ya que todo lo analizado respecto a la producción e introducción de los medios de prueba adquiere sentido en cuanto a su carácter de instrumentos para asegurar el conocimiento de lo referente a los extremos de la atribución delictiva y a la acreditación que produzcan para la decisión conclusiva.

Por valoración de la prueba se entiende la apreciación o meritación de las constancias incorporadas, el “examen crítico” de los elementos incorporados²⁹, el “análisis razonado”³⁰ o, de modo más general, la fuerza de convicción que surge de lo realizado y los criterios explícitos o implícitos empleados o presupuestos para tener por cierto o demostrado algo. En tal sentido, resulta notorio que todo lo que se ha considerado respecto de los criterios de verdad y de los niveles de conocimiento judicial, como así también la relación de los mismos con los condicionantes históricos en orden a la plausibilidad, resultan directamente vinculados al tema. Esto se advierte con claridad al considerar las relaciones que se establecen entre los sistemas procesales y el régimen valorativo.

²⁹ VELEZ MARICONDE, ob. cit., t. I, p. 351.

³⁰ CLARIA OLMEDO, *Tratado...* cit., t. V, p. 14.

Dentro del sistema acusatorio puro impera la *íntima convicción*, o valoración según conciencia. Esto puede caracterizarse como una ausencia de reglas previas destinadas a condicionar la decisión. No hay normas que indiquen al juzgador el valor acreditante de los diferentes elementos probatorios ni que lo obliguen a explicitar las razones que lo guiaron para tener por cierta una determinada postura³¹.

Como dijimos, el método es coherente con una estructura acusatoria del proceso, con un desarrollo concentrado, contradictorio y oral, durante cuyo transcurso van presentándose las diversas constancias y argumentaciones; la percepción directa de tales elementos y la correlativa valoración irán generando el convencimiento que conducirá a la decisión.

El método aparece concretado en las decisiones de las asambleas populares del Derecho ático, romano y del acusatorio privado germano y caracteriza los veredictos de los jurados legos del Derecho anglosajón.

Como en tantas otras características del fenómeno procesal, el sistema opuesto está dado por la inquisición. De un modo asaz sintético, podríamos decir que mientras dentro del acusatorio la prueba se desenvuelve dentro de márgenes flexibles tanto respecto de su producción como de su valoración, en el inquisitivo la materia es objeto de minuciosa y detallada regulación. Es lo que se conoce como *sistema de las pruebas legales o tasadas*, donde el juzgador se encuentra constreñido por el ordenamiento que le determina los mo-

³¹ VELEZ MARICONDE, ob. cit., t. I, p. 355, refiriéndose a las directivas a los jurados contenidas en el Código de Instrucción Criminal, transcribe: "La ley no pide cuentas a los jurados de los medios por los cuales se han convencido; no les prescribe de ningún modo reglas de las cuales deben hacer depender particularmente la plenitud y la suficiencia de una prueba; les prescribe que se interroguen a sí mismos en el silencio y recogimiento y a buscar, en la sinceridad de sus conciencias, qué impresión le han producido sobre su razón, las pruebas recogidas contra el acusado y los medios de su defensa".

mentos y medios probatorios, las condiciones, solemnidades y registros de los mismos y el valor acreditante que se confiere.

La influencia de este enfoque ha marcado el desarrollo doctrinario que, en general, sigue ligado a la señalada perspectiva.

El sistema es connatural de los procedimientos escrituristas, donde lo que fundamentalmente importan son los registros (*quod non in actis, non est in mundo*) y donde se atiende más a determinadas formalidades que a los auténticos contenidos, pero no puede desconocerse que muchas de sus modalidades perviven en códigos relativamente modernos y en los modos de actuación de los operadores judiciales.

Pero al margen de la fuerza de viejos hábitos, no puede desconocerse que el método, al menos en su estricta regulación y configuración clásica, ha perdido vigencia. Las muchas críticas formuladas por la doctrina en el sentido de que el sistema de tasación legal de la prueba implicaba una intolerable intromisión del legislador sobre el juzgador, automatizaba de forma rígida la valoración y convertía el cumplimiento de requisitos formales en criterio de verdad irrefutable, fueron imponiéndose legislativamente y provocando la desaparición de tal método.

Como un sistema intermedio, en cuanto el juzgador no está legalmente vinculado a criterios predeterminados valorativos pero sí a las reglas normales de experiencia y conocimiento, cuya aplicación al tema debe explicitar y fundar, aparece el conocido como *crítica racional* o de *la prueba razonada* o *sana crítica* lo que, en definitiva, constituyen manifestaciones de una *libre convicción*.

El método apela a una racionalidad que puede caracterizarse como la aplicación de los criterios normales que, según las pautas culturales vigentes y los criterios de experiencia que nos permiten fundar afirmaciones, llevan a formular conclusiones aceptables o socialmente plausibles respecto a que

algo es probable, evidente, dudoso o cierto. Por supuesto que no refiere a los requisitos de un método científico para la determinación de la verdad y el tema se encuentra más próximo a lo que podría denominarse como sentido común, por lo que en realidad asiste razón a los autores que se inclinan hacia el rechazo de la posición de que esta crítica racional constituye un método específico diferente conceptualmente del de la íntima convicción; lo que ocurre es que el convencimiento del juzgador debe presentarse como una conclusión razonada, apoyada en la fuerza acreditante de las constancias que indica y sobre las que se basa, detallando el valor demostrativo de las mismas.

CAPITULO XIX

EL DESARROLLO DEL PROCESO

1. Consideraciones generales

Al hablar del concepto del proceso y de sus notas características se indicó que la idea de desarrollo secuencial aparece como inherente del fenómeno. Más allá de las morosidades circunstanciales puede reputarse como suficientemente claro que, tanto desde un punto de vista lógico como real, nos encontramos ante una sucesión ordenada que, desde un inicio motivado por la presencia real de ciertas condiciones (las que motivan la promoción de la acción), se van desenvolviendo determinados actos cuya aparición se encuentra prefijada por la estructura normativa y los que, finalmente, conducen a una resolución conclusiva que pone fin a la serie y resuelve la cuestión que se ha constituido como objeto de toda esa actividad. En el curso de tal desarrollo, se cumplen determinadas “funciones”, las que corresponden a las características de las diferentes etapas o momentos centrales y que se resuelven en la decisión definitiva.

Los conceptos fundamentales elaborados por la doctrina procesal y a los que con anterioridad hemos hecho referencia, aparecen como un conjunto integral de componentes orgánicamente interrelacionados a través de cuerpos normativos

específicos, dispuestos como finalidad genérica para la aplicación de la legislación sustantiva al caso particular. Así, se trató de las nociones categoriales de acción, defensa, jurisdicción y de los sujetos que las representan y dan vida a través de los actos, debiéndose ahora avanzar en una consideración específica del desarrollo de tales actos y de la situación de los protagonistas.

La doctrina procesal ha distinguido entre los que podríamos denominar enfoques estructural o estático del conjunto normativo pertinente, y secuencial o dinámico; este último refiere al desarrollo, algo de lo cual ya fue tomado en cuenta con especial referencia a la acción, elemento dinamizador por excelencia en sus manifestaciones de promoción e impulso.

Ya se ha indicado que la misma etimología de la palabra "proceso" (y su uso dentro de diversas disciplinas) denota la idea de un devenir, un suceder seriado, un orden temporal. En el caso que nos ocupa, ese desenvolvimiento se da dentro de la estructura preceptiva, que delimita lo que debe hacerse en las oportunidades prefijadas, cada una de las cuales exige ciertos presupuestos fácticos y normativos y, a su vez, sirve de base a la siguiente. De tal modo, se establece abstractamente un curso o camino, que en la realidad operativa es recorrido en cada causa en particular, con sus lógicas alternativas singulares.

Hemos dicho también que el fenómeno proceso, con independencia de las regulaciones particulares, implica siempre actos de postulación, acreditación, alegación y decisión, los que tienen lugar dentro de pautas de organización que los disponen en momentos en los que cada uno de esos aspectos se presentan con preponderancia.

Hablar del desarrollo del proceso significa atender a la consideración de los modos de iniciación del mismo, los actos promotivos, el desenvolvimiento investigativo y la incorporación probatoria, las medidas cautelares, las manifestaciones

de defensa, la ponderación y admisibilidad de la acusación y el curso del debate, como así también de los medios recursivos, todo lo cual sigue —más allá de diferencias particulares— un cierto ordenamiento general que deriva de los principios y configuraciones de lo que se conoce como sistema mixto y que responde a las necesidades de la acción pública u oficial. De tal forma, se estructuran dentro del concepto de “proceso”, “procedimientos” específicos que disciplinan los momentos y etapas que van desde la noticia del delito hasta la resolución conclusiva. En este aspecto, se han distinguido dentro del proceso penal procedimientos previos o preliminares, instructorios o investigativos, de evaluación del mérito y procedencia de la acusación, de discusión o debate, de decisiones, recursivos y de ejecución. Claro está que no en toda causa penal se dan inexorablemente estos momentos, los que no sólo dependen de la particular regulación de los diferentes digestos sino también de las mismas particularidades del caso y de las alternativas que vayan presentándose. Pero el desarrollo aparece de modo genérico estructurado como un *procedimiento ordinario* o básico, del que se distinguen tanto los existentes dentro del general como los especiales que responden a supuestos diferentes.

Los actos aludidos van sucediendo dentro de una temporalidad y disponiéndose dentro de una concatenación. También se ordenan en relación a supuestos abstractos de conocimiento judicial, por lo que la marcha puede entenderse en el sentido de una creciente definición de la atribución delictiva, de la situación personal del imputado y de la procedencia de la pretensión punitiva. De tal forma podría decirse que hay un tránsito desde la “sospecha” a la “certeza”; se parte de la noticia de la comisión de acciones u omisiones presuntamente delictivas, las que motivan las actividades investigativas; si a través de las mismas, ya fuere mediante la instrucción formal o por la propia tarea de la fiscalía, se entiende

formal y sustantivamente haber mérito para la acusación, se abrirá el juicio en el cual, luego del contradictorio, se arribará a la resolución que, para un supuesto de culpabilidad, deberá basarse en una decisión de certeza sobre la ocurrencia real del hecho y de la responsabilidad del imputado.

Lo dicho permite afirmar que el desarrollo del proceso se manifiesta, desde este punto de vista, como un progresivo avance desde la sospecha a la certeza, pasando por la probabilidad, entendiendo por tales términos estados de conocimiento jurídico objetivo según los parámetros establecidos por el propio ordenamiento, como se ha estudiado precedentemente en relación al conocimiento judicial.

2. La noticia del delito

A) Consideraciones generales

Es sabido que el orden penal funciona fundamentalmente en dos niveles: el primero, de índole general y abstracta, determina un catálogo de infracciones punibles, esto es, de descripciones de comportamientos a los que asocia pena, procurando con tal amenaza disuadir la ocurrencia de conductas que se estiman socialmente disvaliosas. Y el segundo, es el que refiere a la realidad de ocurrencia de tales conductas y que se presenta cuando han acontecido hechos que se ubican dentro de las señaladas descripciones legales.

El principio de legalidad y su contracara, el de reserva, llevan a que la regla sea la juridicidad de las conductas. En el Estado de Derecho lo indeterminado, lo ilimitado, lo normal es lo permitido. La norma es el ámbito de la licitud. Por el contrario, la excepción —estrictamente acotada y definida— es la ilicitud, cuya definición surge de la ley vigente.

En consecuencia, sólo una conducta en principio subsumible dentro de disposiciones de la ley penal sustantiva puede dar lugar a la intervención penal. Y como la misma, por el principio de judicialidad, necesita del imprescindible tránsito

procesal (el juicio previo), la ocurrencia de acciones u omisiones previstas en el catálogo punitivo pone en funcionamiento los procedimientos previstos para arribar a una resolución jurisdiccional (juez natural) que determine si en el caso corresponde afirmar la responsabilidad del imputado respecto de los hechos atribuidos y aplicar la consecuente sanción.

Por supuesto que para que esto ocurra debe saberse del suceso presuntamente delictivo. Esta cuestión ofrece diversos niveles de análisis que entrecruzan aspectos políticos e instrumentales. El sueño de los Estados totalitarios ha sido la completa vigilancia de las conductas (y aun de los pensamientos) de los habitantes: noticias anónimas, delaciones, vigilancias, agentes encubiertos, espías y, en nuestro tiempo, medios técnicos para el registro de conversaciones y de comunicaciones, fotografías y filmaciones ocultas son algunos de los procedimientos a que se recurre para el control y la vigilancia. Claro está que, desde otro punto de vista, el cumplimiento del ordenamiento punitivo sería ilusorio si los órganos pertinentes no tuviesen noticias de los hechos delictivos, por lo que no puede discutirse que resultan necesarios los medios para llegar a ese conocimiento, que son los que disciplinan los códigos y que, por supuesto, exigen el estricto encuadre dentro de los límites y condiciones del Estado de Derecho.

Pero antes de entrar en la consideración de los mismos, no podemos dejar de mencionar una cuestión que hace a la realidad social y que es la relativa a los casos en que efectivamente los órganos de investigación estatal actúan que, de ningún modo, son todos aquellos en que razonablemente se supone ocurren hechos previstos por las normas de fondo. Esto es lo que la criminología estudia bajo la denominación de *cifra negra* y que refiere principalmente a lo que se conoce como "criminalidad oculta". De tal modo, se sabe que existe una diferencia entre la ocurrencia efectiva de conductas de-

lictivas y las que son oficialmente conocidas por las instituciones específicas destinadas a la investigación y juzgamiento y que ingresan a los procedimientos previstos. Las razones son de diversa índole y varían según la naturaleza de los delitos y las diferentes épocas. Podemos encontrar situaciones en las que la propia víctima ignora la condición de tal, como en algunas estafas; otras en las que le es difícil o no quiere denunciar, y situaciones en las que si bien se tienen informaciones genéricas de la ocurrencia de ciertos hechos, no se actúa por criterios informales de permisibilidad social, la que a su vez puede derivar de la circunstancia de que el delito carece de reprochabilidad, al menos dentro de ciertos ambientes, o se encuentra amparado por redes de poder o es de muy compleja y difícil dilucidación¹.

Lo cierto es que al margen de la deficiencia de datos precisos y de investigaciones empíricas confiables nadie puede dudar de que sólo una pequeña parte de los hechos presuntamente punibles ocurridos de modo efectivo, llega al conocimiento promotivo². Puede pensarse al respecto que está bien que ello suceda, ya que la inflación punitiva, la proliferación de normas con contenido penal a las que acude fragmentaria y frecuentemente el legislador cada vez que pretende solucionar un determinado problema coyuntural, han generado una saturación de disposiciones cuya aplicación generalizada aparece como distante de racionalidad y, por lo común, ocasionaría mayores conflictos que los que se pretendía evitar. Igualmente, son frecuentes los casos en los que si bien formalmente se ha dado una conducta que es subsumible dentro de una figura penal vigente, la escasa incidencia hace que el acontecimiento carezca de relevancia y no provoca alarma

¹ FIGUEREIDO DIAS, Jorge de y DA COSTA ANDRADE, Manuel, *Criminología*, Coimbra, 1992, p. 134.

² ZIPF, Heinz, *Introducción a la política criminal*, trad. de M. Izquierdo, Revista de Derecho Privado, Jaén, 1979, p. 115.

alguna. Todo esto lleva a pensar que sería socialmente intolerable que el Estado actuase en la totalidad de los casos y que, de hecho, ocurra una suerte de filtros informales.

Claro está que esto conduce al problema de la *selectividad del sistema*. Este ha sido uno de los puntos que más abundantes y fundadas críticas ha provocado dentro de los estudios criminológicos que, sobre la base de datos empíricos, ha mostrado que estadísticamente los casos tramitados responden a una cierta categoría de hechos y personas y aparecen como consecuencia de mecanismos selectivos informales e incontrolados. Por lo común, se trata de hechos de relativamente fácil investigación (delitos contra la propiedad, violencia) cometidos dentro de una franja social marginal. Paralelamente, otro tipo de hechos —corrupción política, abusos de poder, grandes delitos económicos, crimen organizado— parecen escapar a los mecanismos de control³, generando una notoria e irritante desigualdad y provocando una justificada crítica a la legitimidad y ecuanimidad de la reacción penal.

Precisamente en orden a todas las cuestiones a que se ha apuntado en estas consideraciones introductorias, han sido postulados criterios que significan un aumento de racionalidad en la persecución penal, como son los derivados de la aplicación del principio de oportunidad, a lo que ya hemos hecho referencia (supra, t. I, Cap. X, punto 4), el control judicial de los organismos policiales investigativos y medios promotivos tales como la querrela particular y la acción popular, a más de reformas en los catálogos punitivos.

De todos modos y en lo que hace de modo específico a la

³ PICCA, Georges, *La criminología*, trad. de E. Herrera, Fondo de Cultura Económica, México, 1987. En p. 60, dice: "...además de la cifra negra de la delincuencia que escapa a cualquier descubrimiento oficial, existe una 'delincuencia dorada' que es asunto de los detentadores del poder político, quienes la ejercen impunemente perjudicando a los ciudadanos y a la colectividad".

actual regulación procesal, debemos ahora atender a la circunstancia de que la noticia del delito o *notitia criminis* se incorpora al proceso a través de diversos medios; al respecto, es advertible cierta antigua confusión legal y doctrinaria sobre lo que es información sobre el delito y sobre lo que constituye medio de iniciación de los procedimientos; lo que ocurre es que el tema de la noticia delictiva importa en la medida en que provoca la actividad promotiva.

Leone señala que la noticia del delito es la información recibida por los funcionarios habilitados, distinguiendo entre la que denomina como *calificada*, que se caracteriza por transmitir una información circunstanciada del hecho, como es la denuncia, la querrela, los partes, y la *no calificada*, que comprende todos los supuestos mediante los cuales se toma conocimiento de hechos, tales como informaciones periodísticas, actuaciones policiales y administrativas, declaraciones judiciales, etcétera.

B) *La denuncia*

Es el acto mediante el cual una persona ofendida, testigo o simplemente enterada del hecho presuntamente delictivo, trasmite su conocimiento a la autoridad correspondiente. Fundamentalmente, es la presentación de una información, una transmisión de conocimientos.

De tal modo, la denuncia se ha entendido como una facultad cívica, explicable por la necesidad del Estado de contar con datos para una respuesta eficaz ante el delito y el interés de los ciudadanos en esos mismos fines. Para denunciar no se necesita otra cosa que el conocimiento sobre la ocurrencia del presunto ilícito penal y la voluntad de transmitir tal información, siendo indiferente por lo general que el denunciante sea la víctima, el testigo o un simple tercero enterado del hecho.

Históricamente, la denuncia es consustancial del régimen

de la acción pública y de la actuación penal oficial, apareciendo y desarrollándose dentro del sistema inquisitivo, ya que los modos de actuación propios del sistema acusatorio de acción popular o privada la hacían inconcebible. Su fundamento institucional radica en la existencia de un poder oficial predisposto para las actuaciones penales y una correlativa ausencia de facultades promotivas por parte de los particulares. Es una relación dirigida a la autoridad facultada para actuar, una noticia que se radica ante quienes están investidos del poder de investigar y decidir. En tal aspecto, constituyó el modo preferido de recibir información dentro de los procedimientos inquisitivos, que la integraban dentro de sus mecanismos generales de control y, por ende, la estimulaban y facilitaban, generando un generalizado clima de delaciones. Claro está que también la denuncia puede significar una legítima apelación a la autoridad para que ésta actúe en defensa del orden legal y en tal aspecto implica tanto un modo de protección del ciudadano contra el hecho delictivo como una suerte de resabio de la acción popular, un acto de contenido cívico. En definitiva, su sentido dependerá de la organización política dentro de la que opera.

C) *Regulación legal. Facultad de denunciar*

Los códigos vigentes disciplinan con amplitud lo atinente a la denuncia, la que dentro de nuestro régimen legal se conceptualiza como una comunicación voluntaria a la autoridad de información de hechos reputados como delictivos y de acción pública. Esto implica que como regla la denuncia es de *índole facultativa*, correspondiendo en este carácter a "toda persona" (art. 174, C. P. P. N.), comprendiéndose la idea del modo más amplio y sin exigencia de capacidad específica alguna y abarcando tanto a quien se postula como lesionado por el delito como a quien, simplemente, tenga noticias de su comisión.

Una cuestión particular se plantea en orden a aquellos delitos cuya persecución depende de instancia privada (art. 72, C. P.), en los cuales la actuación de oficio requiere como requisito de procedibilidad la manifestación de voluntad expresa del legitimado para ello. En tales supuestos, la facultad de denunciar corresponde de modo exclusivo a quien se dice agraviado, lesionado, o víctima del delito o, en su caso, a los representantes legales.

Respecto de la denuncia, ella deberá contener los datos que el denunciante conoce, sin que al respecto existan requisitos determinados. Por lo común los códigos (art. 176, C. P. P. N.) hablan de que deberá incluir la relación del hecho y de sus diversas circunstancias, como así también la indicación de los autores, pero todo ello, lógicamente, "en cuanto fuere posible". Y en lo que hace a la forma expresiva, la misma podrá ser escrita o verbal; en el primer supuesto, no se exigen formalidades específicas, fuera de la firma del denunciante, y en el segundo se labrará un acta que registre la exposición.

Como se advierte, los supuestos contemplados comprenden la situación de una persona identificada que formula la denuncia, ya fuere por sí o a través de un mandatario especial, por lo que la regulación legal actual no contempla la denuncia anónima, aunque en la práctica la misma es admitida como noticia no calificada de delito.

En lo que atañe a las *autoridades receptoras de la denuncia*, las mismas son el fiscal, el juez y la policía pero, conforme a lo que más adelante consideraremos, corresponde exclusivamente al primero promover el proceso.

D) *Obligación de denunciar*

Hemos indicado que dentro de nuestro sistema la regla es la del carácter facultativo de la denuncia, aunque con diferentes argumentaciones se ha propiciado un genérico ca-

rácter obligatorio de la misma, idea que deriva de argumentaciones y legislaciones autoritarias y que en más de una ocasión integró la redacción de proyectos.

Dentro de nuestro actual régimen de denuncia voluntaria aparecen como excepción supuestos referidos a determinadas personas y circunstancias en las que se dispone la obligación de efectuarla. Se trata de situaciones legalmente establecidas en las que la ubicación funcional del sujeto aludido lleva a la exigencia normativamente impuesta de que quien, en el ejercicio de esa función, toma conocimiento de hechos presuntamente delictivos, debe necesariamente transmitir la pertinente información a los órganos correspondientes, incurriendo a su vez, en el supuesto de que así no lo hiciere, en una propia infracción penal y/o administrativa. Se entiende que ello se justifica por el carácter de las funciones desempeñadas y por la exigencia de una estricta observancia del orden jurídico, de lo que los sujetos en cuestión deben ser colaboradores y guardianes, a más de que por la particularidad de la tarea desempeñada se encuentran en condiciones privilegiadas para tomar conocimiento de determinadas infracciones.

Los códigos de procedimientos establecen sobre el particular que tendrán obligación de denunciar delitos de acción pública los funcionarios que tomen conocimiento de ellos en el ejercicio de sus funciones. La disposición proviene de la legislación sustantiva, encontrándose prevista dentro del Código Penal la figura de omisión de denuncia en el artículo 277, inciso 1º (“...omitiere denunciar el hecho estando obligado a hacerlo”). El Digesto de los procedimientos penales nacionales establece en su artículo 177, inciso 1º, que la obligación de denunciar los delitos perseguibles de oficio compete a “los funcionarios o empleados públicos que los conozcan en el ejercicio de sus funciones”. Como se ve, se establece la doble condición de la calidad funcional del sujeto obligado y de que

el conocimiento pertinente tenga que ver con ella. Por “funcionarios” y “empleados públicos” debe estarse a la amplitud del concepto definido en el artículo 77, cuarto párrafo del Código Penal: “...todo el que participa accidental o permanentemente del ejercicio de funciones públicas, sea por elección popular o por nombramiento de autoridad competente”. Y respecto de lo segundo, el hecho debe relacionarse con la tarea desempeñada y con el ejercicio de la misma, por lo que en general se ha entendido que, conforme al sentido de la norma e interpretándola de acuerdo al principio básico del carácter voluntario de la denuncia y la excepcionalidad de la obligación de hacerla, el caso comprende básicamente aquellas infracciones comprendidas dentro de los delitos contra la administración pública (Tít. XI del Libro II, C. P.). Claro está que existen funcionarios que, por la misma índole de sus funciones, parecieran tener a su cargo una vigilancia genérica de la legalidad vigente, cual es el caso de los policías, fiscales y magistrados judiciales.

El segundo inciso del Código nacional, concordante con los provinciales, establece la obligación de denunciar los delitos contra la vida y contra la integridad física de las personas para los médicos, parteras, farmacéuticos y demás personas que ejerzan el arte de curar que conozcan de tales ilícitos “al prestar los auxilios de su profesión”. Se trata también aquí de una situación claramente funcional y restringida a los supuestos que el mismo precepto describe.

Ahora bien: dado que la propia disposición establece la excepción: “salvo que los hechos conocidos estén bajo el amparo del secreto profesional”, se ha discutido sobre el alcance de esta aparente colisión normativa, de lo que trataremos en el punto siguiente. De todas formas, la obligación surgirá cuando el profesional del arte de curar atienda a quien ha sido víctima del hecho, pero se convertirá en obstáculo para

la denuncia cuando asista al propio autor, aunque ello ocurra en un establecimiento público⁴.

E) *Prohibición de denunciar*

Así como se disciplinan situaciones que generan la obligación de transmitir el conocimiento de un hecho delictivo a la autoridad competente, hay otras en las que el ordenamiento legal veda tal noticiamiento. Ello ocurre con respecto a los cónyuges, ascendientes, descendientes o hermanos, salvo que el delito haya sido ejecutado en perjuicio del denunciante o de un pariente de grado igual o más próximo del que lo vincula al denunciado (art. 178, C. P. P. N.).

Es evidente que las razones que motivan la norma son un reconocimiento de la importancia de los lazos afectivos y de la unidad y solidaridad entre quienes mantienen relaciones familiares estrechas, cuya preservación se privilegia respecto de los intereses públicos de la persecución penal.

Igualmente debe ubicarse dentro del supuesto optativo lo contemplado al final del punto anterior, es decir, aquellas situaciones en las cuales el dato sobre el acontecimiento delictivo provenga de una información obtenida dentro del amparo de la reserva derivada del denominado *secreto profesional*. Esto deriva del artículo 156 del Código Penal que reprime a quien "teniendo noticia, por razón de su estado, oficio, empleo, profesión o arte, de un secreto cuya divulgación pueda causar daño, lo revelare sin justa causa". En el caso, el bien jurídico protegido es el de la confianza y, de un modo más amplio, el de la intimidad⁵. Pareciera que habría una actitud

⁴ Dice con acierto D'Albora (ob. cit., p. 229): "En lo que no hay discusión es en evitar que el autor de un hecho doloso quede privado de auxilio curativo, ante la disyuntiva de ser sometido a proceso o arriesgar su vida. En esa situación, el Derecho considera justa causa la reserva del profesional".

⁵ CREUS, Carlos, *Derecho Penal. Parte especial*, Astrea, Buenos Aires, 1983. En el t. I, p. 366, dice que lo que se protege "es la libertad del individuo, en cuanto a la esfera de reserva que constituye su intimidad".

de notoria deslealtad en el hecho de poner en conocimiento de los órganos investigativos algo que se ha revelado dentro de una relación expresa de reserva en la que el interesado ha confiado. Los sujetos comprendidos son aquellos que, por su particular situación profesional pueden saber de un hecho denunciante, tales como el sacerdote que recibe la confesión, el médico que asiste a quien requiere de sus servicios o el abogado a quien se consulta.

En los supuestos estudiados corresponde la desestimación de la denuncia y ante la eventualidad de que la misma haya sido erróneamente admitida, la actividad posterior devendrá nula por el origen espurio de la *notitia criminis*.

F) *Denuncia anónima*

Las disposiciones a que se ha hecho referencia disciplinan una transmisión de conocimiento en la que el sujeto denunciante suscribe sus dichos y, por ende, asume la responsabilidad que en el caso pudiera corresponderle, a más de convertirse, por lo común, en testigo en orden a lo que de modo directo sepa del hecho. De ahí que la denuncia anónima escape a los criterios indicados y no aparezca verdaderamente como tal, sino como una mera delación. Sin embargo, es sabido que en la práctica son frecuentes los casos en los que, especialmente la policía, recibe este tipo de información que, en varias ocasiones se estimula y promueve. Incluso muchos sumarios policiales comienzan aludiendo a que las investigaciones surgen de "tareas de inteligencia", por lo común derivadas de informantes o agentes encubiertos. Así mismo la experiencia histórica indica que tales tipos de procedimientos han sido de uso común en materia política y en regímenes autoritarios. Sin embargo, no puede dejar de reconocerse que aun dentro de un Estado democrático y de un estricto cumplimiento de los requisitos constitucionales del debido proceso, hay determinados hechos que llevan a admitir este tipo de

noticia del delito. Piénsese a modo de ejemplo en las circunstancias de la corrupción política o de ciertas configuraciones del crimen organizado, en las que la denuncia tradicional resulta imposible.

De todos modos, la denuncia anónima debe ser tenida como noticia no calificada del delito y de admisión excepcional, cuando la misma reúne indicios de seriedad y relevancia, exigiendo obviamente un examen más cuidadoso.

G) *Autoridades receptoras de la denuncia. Admisión*

Está ya en claro que la denuncia implica la imposibilidad jurídica de una actuación particular y la existencia institucional de organismos predisuestos para la intervención legal ante la ocurrencia de conductas previstas en las normas sustantivas penales. El carácter esencialmente público de la materia se manifiesta fuertemente en el mismo inicio de la cuestión. El anoticiamiento del hecho presuntamente delictivo debe efectuarse a determinados funcionarios habilitados para recibirlo, quienes intervendrán en consecuencia. Tales funcionarios, en nuestro sistema legal, son la policía, el fiscal y el juez de instrucción (art. 174, C. P. P. N.).

En la práctica, la mayor parte de las denuncias se realizan ante la policía, cuyos funcionarios labrarán el acta correspondiente y comunicarán sin tardanza lo recibido a las autoridades judiciales, a más de efectuar las diligencias investigativas urgentes que se dispongan, de todo lo cual llevarán a cabo los pertinentes registros (*sumario de prevención*). Entre las atribuciones de la policía se encuentra expresamente contemplada la de recibir denuncias (art. 184, inc. 1º, C. P. P. N.), constituyendo a su vez un deber de los funcionarios actuar en consecuencia.

Cuando la denuncia sea efectuada ante el juez, éste remitirá lo recibido al fiscal. En el anterior Código y en los todavía ligados al sistema inquisitivo, se preveía la iniciación

instructoria de oficio por el propio magistrado, por lo que el instructor decidía por sí lo pertinente, con simple información a la fiscalía.

En el caso de que la denuncia sea concretada ante el fiscal, corresponde distinguir entre lo que acontece en el sistema de instrucción formal mayoritariamente vigente en nuestro país o en el de la investigación directa, lo que desarrollaremos más adelante; baste señalar ahora que, en el primer supuesto, formulará el pertinente requerimiento y, en el segundo, iniciará la tarea investigativa.

Respecto de la *admisión de la denuncia*, las autoridades que la reciban deberán ajustarse a las formalidades establecidas, verificando el cumplimiento de los requisitos, esto es, identidad del denunciante, firma y datos sobre el hecho y las personas involucradas. Así mismo, para motivar actuación y por imperio del principio de legalidad, el hecho denunciado deberá corresponder a una conducta definida como delito en ley vigente con anterioridad al suceso. Por último, no debe tratarse de uno de los supuestos de prohibición de denuncia, o, en caso de delito dependiente de instancia privada, el denunciante no sea quien se encuentra legitimado para ello. El Código nacional establece al respecto que "la denuncia será desestimada cuando los hechos referidos en ella no constituyan delito, o cuando no se pueda proceder".

H) *Querella*

En los delitos de acción de ejercicio privado (art. 73, C. P.) no existe la denuncia y la forma promotiva, que a su vez incluye la noticia sobre el eventual delito atribuido en la acusación, es la querella.

En los delitos de acción pública y en los códigos que admiten el querellante conjunto, el escrito de querella contiene una información circunstanciada de un hecho delictivo, por lo que implica noticia calificada de delito. En el anterior Có-

digo nacional, la cuestión de la capacidad promotiva propia del acto no ofrecía dudas según el artículo 457, mientras que en el actual sistema carece de esta facultad de modo autónomo, pero al margen de ello y como consecuencia de lo que significa como información detallada de una atribución cumple holgadamente con una función de anoticiamiento.

3. La necesidad de una etapa investigativa previa

Desde la consolidación de la acción pública y de la institucionalización de un aparato oficial de persecución y juzgamiento, el elemento más notorio y que en mucho da las notas que definen al proceso penal, es el correspondiente a la investigación del hecho y a la acumulación de registros probatorios. Ya hemos indicado que, en lo básico, todo el proceso inquisitivo no es otra cosa que la minuciosa regulación de un método de indagación. Y luego de las grandes reformas de fines del siglo XVIII y en la consolidación del sistema mixto durante la centuria siguiente, se mantuvo una primera etapa que, en lo fundamental, respondía a los principios de la inquisición: discrecionalidad y preponderancia investigativa, adquisición y registro de pruebas, reserva de las actuaciones y ausencia de debates. Claro está que ello sólo servía de base para la elaboración de la acusación que abría el juicio, a su vez estructurado según el modelo acusatorio. Pero como siempre ocurre con toda mixtura, se dieron digestos en los cuales predominaba lo primero y otros en los que el énfasis correspondía a la etapa plenaria.

En la posterior evolución se buscó tanto dinamizar la investigación como potenciar el carácter acusatorio del proceso, modificando para ello el sistema de instrucción formal, el que fue sustituido por la investigación fiscal directa, avanzándose hacia una relativa semejanza con lo desarrollado por los procedimientos del Derecho anglosajón.

De todos modos, dentro de la particular lógica del desa-

rrollo del proceso penal y habida cuenta de lograr el proclamado objetivo de la obtención de la verdad real, hubo coincidencia legal y doctrinaria respecto de la necesidad de arbitrar medios, por lo común judiciales, tendientes a la adquisición de elementos probatorios y al aseguramiento cautelar, capaces de proteger tanto las constancias pertinentes como las personas y objetos involucrados. Igualmente, tales medidas se dirigen a la comprobación y definición de la seriedad y características de los hechos derivados de la noticia del delito y al logro de niveles de conocimiento que circunscriban la plataforma fáctica sobre la que se asentará la acusación y el posterior contradictorio.

El debate por la opción entre los dos sistemas se instaló vigorosamente en nuestro ámbito a partir de las discusiones en torno al Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación propiciado por el Poder Ejecutivo y elaborado por el Dr. Julio Maier, a lo que ya se ha hecho referencia (*supra*, t. I, Caps. IV, punto 6, y X), y que se acentuó en las consideraciones relativas a las reformas en las Provincias de Córdoba, Tucumán, Santa Fe, Buenos Aires, Mendoza, etcétera, y varios países latinoamericanos.

De todas maneras, cualquiera fuere el sistema, no puede dudarse de que la necesidad de una actividad investigativa oficial es una característica distintiva y esencial de todo procedimiento penal que asuma el monopolio estatal de la persecución y el carácter público de la acción, establecido al menos como regla. De tal modo y sin perjuicio de que, de modo excepcional, se admita actividad promotiva particular y que, más aún, se propicie el aumento de supuestos en que ello pueda ocurrir o bien se recurra a formas de acción popular, dentro de los modos vigentes la formulación de la acusación necesita de una investigación previa. Por otra parte, las mismas características que, por lo común, revisten los hechos delictivos, exigen métodos que puedan desentrañar lo

oculto. Igualmente, de modo especial en supuestos de manifestaciones de delincuencia organizada, ligada al poder en sus diversas concreciones, nos encontramos ante circunstancias en que resulta por completo impensable que un particular pueda enfrentarse a tales grupos, no sólo por carecer de medios idóneos sino también por una desmesura de fuerzas. Y desde otro punto de vista, el cumplimiento de las garantías que rodean al imputado sólo puede garantizarse a través del uso legítimo, regulado y racional del poder penal estatal⁶.

Ahora bien: la evolución de la materia procesal ha llevado a distinguir con nitidez lo concerniente a esta investigación de lo que corresponde al juzgamiento. Es de evidencia que el órgano que investiga y que, por lógica, genera presunciones respecto de la verdad de lo que ha averiguado o creído averiguar, no puede ser el mismo que dicte el pronunciamiento conclusivo. Precisamente, esta confusión —que aún perdura en diferentes ordenamientos— ha sido uno de los flancos que mayores razones de crítica ha provocado, siendo un factor importante entre los tantos motivos que descalifican el modelo inquisitivo que, procesalmente, se define por la confusión, cuando no directa identificación, entre acción y jurisdicción, entre investigación y decisión.

En consecuencia, puesto en claro que resulta imprescindible la neta diferenciación de lo que constituye la preparación de lo que es el juicio, importa analizar el mejor método para lo primero. Al respecto, bien reflexionaba Julio Maier en la exposición de motivos de su proyecto en el sentido de que la elección del procedimiento tendente a dar las bases de la acusación aparece como uno de los problemas más delicados

⁶ ALMAGRO NOSETE y TOME PAULE, *Proceso penal* cit., p. 161: “ni los medios desiguales de los particulares son aptos para luchar contra el delito, que tiende a lograr en sus participantes la impunidad, ni las prevenciones que han de adoptarse hasta tanto se decide sobre la inocencia o culpabilidad, son adecuadas para que dispongan sobre ellas los particulares. De ahí el carácter oficial de la investigación, con la necesaria intervención y control estatal”.

a la hora de diseñar el sistema de enjuiciamiento e implica opciones de fundamental importancia, con incidencia directa sobre toda la estructuración del servicio estatal de justicia en materia penal.

4. La instrucción formal

Por tal se entiende el procedimiento investigativo realizado bajo la dirección exclusiva y excluyente de un juez instructor y en el que las partes tienen un papel secundario, limitado a la asistencia a ciertos actos y a la proposición no vinculante de diligencias. En orden a las denominaciones, el período que analizamos lo ha sido como “sumario de instrucción”, “instrucción sumarial”, “etapa instructoria” o, simplemente, “instrucción”.

Sus orígenes históricos derivan de modo directo del sistema inquisitivo (supra, t. I, Cap. III), y en las modalidades posteriores a las reformas del siglo XIX puede hablarse de un inquisitivo reformado o atenuado en cuanto al reconocimiento de las garantías del imputado y una relativa intervención de las partes. Así mismo, su finalidad de separársela de la etapa del juicio y de servir de base no para la sentencia sino para la formulación de la acusación pública, provienen del Código de Instrucción Criminal francés del que deriva el denominado sistema mixto que se extiende por la Europa continental y que llega a nuestro país a través del modelo italiano (Código de 1813 y sus reformas) seguido por el proyecto que se convertiría en el Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba, a su vez inspirador de los digestos de la mayoría de las provincias argentinas y de varios países latinoamericanos y con una estructura notoriamente superior a la del Código de Procedimientos en Materia Criminal para el Fuero Federal vigente desde 1888, el que a su vez fue sustituido por la actual ley 23.984 que, en lo básico, sigue el lineamiento referido.

A) *Fines y características de la etapa instructoria*

Los códigos del sistema responden a la idea de la importancia preponderante de esta etapa, en la que en su funcionamiento se introducen las constancias que han de determinar el resultado de la causa. Ello se traduce en la enunciación de determinadas finalidades que, en realidad, son las del proceso mismo. Así se habla de que la respectiva actividad debe orientarse a la comprobación del hecho delictivo con todas sus circunstancias constitutivas, y a la individualización de los autores en sus diversos grados de participación. Estas finalidades aparecen descritas en un artículo inicial, de índole general, como es el caso del artículo 193 del Código Procesal Penal de la Nación, concordante con los similares de las provincias.

Debe advertirse que existe una importante diferencia entre los digestos que de modo efectivo disciplinan el sistema mixto y aquellos que no se constituyen como tal, a pesar de algunas confusiones al respecto. Dentro de los primeros, la instrucción tiene un sentido averiguativo preparatorio de la acusación⁷, donde las pruebas sólo se dirigen a dar sustento a la acusación, mientras que en digestos como el viejo Código de Procedimientos en materia criminal o en el todavía vigente para la Provincia de Santa Fe, la sentencia puede basarse –y de hecho así sucede por norma– en lo exclusivamente recogido e incorporado durante esta etapa, que así se convierte en la determinante.

Sobre la base de la señalada distinción, está en claro que tratamos de aquella instrucción formal disciplinada de acuer-

⁷ Bien se ha resumido al respecto: "...la sustancial característica de la finalidad de la instrucción consiste en preparar todos los elementos de juicio necesarios al tribunal de sentencia mediante actos de procedimiento que este tribunal no está en condiciones de cumplir en razón del principio penal mixto. En otras palabras, durante la instrucción se practica la selección de los elementos probatorios de mayor relevancia y de innegable utilidad para facilitar la tarea de juzgamiento al tribunal de sentencia" (VAZQUEZ IRUZUBIETA Y CASTRO, *ob. cit.*, t. II, p. 70).

do con los principios del sistema mixto, ya que la otra no es tal, sino un mero inquisitivo atenuado o, más bien, disfrazado.

Al respecto, debe señalarse que la instrucción está organizada con la finalidad de comprobar si se dan elementos fácticos y jurídicos para abrir la etapa del juicio. Así, de una manera genérica puede decirse que la finalidad de la instrucción se orienta a definir la atribución delictiva, tanto respecto del hecho como de sus autores, incorporando las acreditaciones pertinentes (que luego se introducirán en el juicio) y trabando las medidas cautelares imprescindibles para el aseguramiento de pruebas, personas y objetos. Este doble carácter *investigativo* y *asegurativo* define a la etapa instructoria y explica el sentido de las medidas probatorias y cautelares que hemos considerado en los capítulos anteriores.

En el desarrollo del proceso, ante la *notitia criminis* que, mediante el procedimiento correspondiente genera la promoción (acción) instructoria, deviene necesaria como primera finalidad la determinación de la situación de hecho o plataforma fáctica que, en el caso real y concreto, corresponda a la descripción abstracta de las figuras penales pertinentes.

El principio de legalidad sustantiva aparece así como límite de la actividad instructoria y como guía para la ponderación de la relevancia jurídica del suceso investigado. En consecuencia, de lo que se trata es de lograr, a través de los medios legales previstos, la reconstrucción de lo acontecido en su relevancia jurídico-penal. De tal modo, desde el mismo inicio investigativo, los hechos deben estar siempre confrontados al Derecho. La verificación sobre la verosimilitud de la atribución de una acción u omisión prevista en la legislación sustantiva se producirá mediante las diligencias probatorias correspondientes, cuya iniciativa corresponde al propio instructor, respondiendo al objetivo que la legislación denomina como la comprobación del hecho delictuoso. La misma debe hacerse de manera tal que se determinen los diversos ele-

mentos que conforman la completa caracterización jurídica del suceso, es decir, las circunstancias relativas a los requisitos típicos, a la contradicción con el orden jurídico y a los elementos que lo califiquen, agraven, atenúen, justifiquen, exculpen o influyan sobre la punibilidad.

Lo indicado permite tener suficientemente en claro que la determinación tiende a la objetividad del hecho en relación a su encuadre legal y a lo subjetivo en lo que hace a la definición de los que resulten imputados; los códigos definen esta última finalidad como la individualización de autores, cómplices y/o instigadores, lo que por lo común aparece en un inciso específico. Precisamente, éste aparece como un importante aspecto, ya que con frecuencia ocurre que se desconocen inicialmente los autores del hecho o bien es preciso determinar la responsabilidad que puede caberle a diferentes involucrados.

Así, mientras lo considerado respecto al acontecimiento en sí mismo, en su configuración objetiva como suceso acaecido en la realidad, refiere al hecho delictivo, lo ahora analizado toca a la cuestión de la autoría, sobre cuya base —dada la relación causal entre conducta y acaecimiento— se establece la imputación, es decir, la concreta atribución a persona determinada de haber ocasionado o producido el resultado disvalioso o la puesta en peligro del bien jurídico en cuestión.

Igualmente, aunque el nuestro es un Derecho Penal de acto, se ubica como finalidad de la instrucción determinar las particularidades personales del imputado, tales como los móviles, circunstancias de vida, antecedentes y estado mental.

Por último, la legislación también coloca entre las finalidades de la instrucción la de determinar los daños derivados del delito y el aseguramiento de personas, pruebas y bienes,

aspectos éstos que ya hemos considerado al analizar la prueba y las medidas cautelares.

La obtención de las finalidades precedentes lleva a las *características* de la etapa, que pueden sintetizarse en las siguientes:

- a) Es dirigida de manera *discrecional* por el órgano judicial conocido como *juez de instrucción*, dotado de las más amplias facultades. A él corresponde determinar la línea investigativa y disponer oficiosamente de las diligencias probatorias, resolviendo igualmente sobre el mérito de lo incorporado y sobre la situación de las personas involucradas.
- b) Se orienta de manera preponderante a una actividad *investigativa*. La progenie inquisitiva de la etapa instructoria aparece netamente configurada a través de esta característica que es la central, no sólo en cuanto objeto de la actividad, sino también en lo que hace a las formalidades de la misma. Este elemento definitorio se integra con:
- c) El hecho de la *no contradictoriedad* del desarrollo de los procedimientos, lo que a su vez implica la *limitada actividad de las partes*. El antiguo Código Federal establecía de modo tajante (art. 180, C. P. M. P.) que “durante la formación del sumario no habrá debates ni defensas”, idea que, más cautamente, mantienen los actuales digestos. Esto significa que el sujeto procesal predominante es el juez, que el fiscal y el defensor tienen un papel menor, limitado a la asistencia de determinados actos, al conocimiento de otros, a la proposición de diligencias y a la actividad impugnativa de los autos. De igual modo, durante el transcurso de la etapa no se realizan debates, al margen de lo que las partes pueden sostener en sus peticiones no vinculantes. Claro está que esto no significa que las partes

- no puedan dirigirse al instructor ni que no exista el derecho de defensa que, precisamente, por imperio constitucional, se manifiesta en sus aspectos materiales y técnicos desde el inicio mismo de los procedimientos.
- d) Los diversos actos que se realizan durante la instrucción formal se vuelcan necesariamente en *actas* ya que, por definición, nos encontramos *ante un procedimiento registrado o escrito*. Esta circunstancia deriva también del hecho de la *discontinuidad o no concentración* del desenvolvimiento procesal.
- e) A diferencia del juicio, por definición público, la etapa instructoria es de índole *reservada*, lo que se desprende tanto de los fines perseguidos como del método a través de registros no abiertos a terceros. Recordemos que los procedimientos inquisitivos se caracterizaban por la regla del secreto, lo que se mantuvo a través del denominado “secreto del sumario”. En las concepciones tradicionales, el secreto se entendía imprescindible para el éxito investigativo y comprendía también al imputado y su defensa. En la actualidad, debe ser entendido como una medida excepcional, justificada y fundada en causas graves. En lo que hace a un aspecto externo, la reserva se entiende necesaria para no afectar reputaciones.
- f) Toda la actividad instructoria se define por su *índole provisional*, ya que dentro de los procedimientos mixtos la misma tiende a incorporar constancias y asegurar personas y elementos para sustentar la acusación pública y realizar el juicio. Ello significa que ninguna de las resoluciones que se tomen durante el transcurso de la instrucción tiene carácter definitivo y que las pruebas reunidas carecerán de entidad acreditante para el tribunal decisor si las mismas no se incorporan en la audiencia de debate.

B) *Inicio y desarrollo de la instrucción formal*

La cuestión del inicio de la actividad instructoria no es un mero problema técnico sino que implica aspectos que hacen a las ideas generales sobre el proceso penal. En efecto: lo propio del sistema inquisitivo es lo relativo a la actuación de oficio, en la que el órgano judicial decide por sí, de modo discrecional y propio, cuándo dar comienzo a las actuaciones. Por el contrario, en el sistema acusatorio impera la regla que prohíbe la actuación de oficio y la instancia promotiva corresponde de modo exclusivo al titular de la facultad de acción. La evolución hacia esta segunda alternativa se advierte con claridad en el desenvolvimiento legislativo. Los viejos códigos consagraban la posibilidad de que el propio instructor, por auto o decreto, decidiese la apertura de la etapa, con simple anoticiamiento al fiscal, lo que ha sido modificado en las posteriores reformas, que vedan tal determinación.

En tal sentido, el Código nacional establece en su artículo 195 que “la instrucción será iniciada en virtud de un requerimiento fiscal”. Este *requerimiento de instrucción* es el único medio idóneo para promover la actividad investigativa judicial, habida cuenta de que el fiscal es el titular del ejercicio de la acción penal pública y sólo él está habilitado para poner en marcha el procedimiento averiguativo. Resaltar lo antedicho deviene particularmente relevante, toda vez que el precepto citado continúa señalando como alternativa que también la instrucción puede comenzar por una *prevención o información policial*, lo que conduciría a la idea de que el sumario prevencional es de por sí idóneo y vinculante para generar la puesta en marcha de la instrucción formal. Resulta simplemente absurdo pensar que la policía esté facultada para decidir por sí la facultad de llevar adelante el procedimiento instructorio. El sumario prevencional puede entenderse como una “pesquisa documentada”⁸, constitutiva de una noticia califi-

⁸ D'ALBORA, ob. cit., p. 261.

cada de delito, sobre cuyo valor para impulsar el procedimiento deberá expedirse, en todo caso, el fiscal, a tenor de lo claramente establecido en los artículos 180 y 188.

Salvo los supuestos excepcionales en los que el requerimiento de instrucción sea rechazado por no corresponder la conducta a una figura penal vigente o por alguna circunstancia de improcedibilidad, el referido acto promotorio será apto para poner en marcha el mecanismo instructor, que se desarrollará bajo la dirección del juez de instrucción. De acuerdo con lo expuesto en orden a las finalidades, la actividad investigativa tenderá a la más completa reconstrucción del suceso, a la individualización de sus autores y al aseguramiento de personas, pruebas y bienes. En general, esta tarea responde al enfoque discrecional que efectúa el instructor, el que a su vez deriva de las particularidades del hecho investigado y de la situación de los imputados, ya que cuando éstos se encuentran privados de libertad debe indagárseles dentro de plazos perentorios y resolverse sobre el particular.

Ya hemos indicado que en los códigos de predominio inquisitivo la preponderancia del juez era de tal grado que desdibujaba por completo la actuación de las partes que prácticamente no eran tales y tenían un carácter por completo subordinado; si bien en la actualidad la situación dominante del instructor se mantiene, es notorio que ha aumentado el ámbito de actuación, control e intervención del fiscal y del defensor. Respecto del primero, su actividad promotora lo convierte en un sujeto esencial de la relación, debiendo destacarse que en el requerimiento de instrucción no sólo pide circunstanciadamente el inicio de la actividad investigativa, definiendo el hecho y encuadrándolo jurídicamente de una manera provisional, sino también indicando (cuando es posible) al imputado y proponiendo diligencias que, si bien no son vinculantes para el juez, evidentemente sirven de eficaz guía y sólo por circunstancias excepcionales no serán tenidas en

cuenta. A la "proposición de diligencias", como facultad de los sujetos partivos (fiscal, defensor, querellante y partes civiles), se refiere de modo expreso el artículo 199 del Código Procesal Penal de la Nación. De igual modo, se faculta a las partes a asistir a los registros domiciliarios, reconocimientos, reconstrucciones, pericias, testimonios e inspecciones, debiendo ser notificadas de los actos irreproducibles y de las resoluciones de mérito; en las respectivas audiencias podrán, con autorización del juez, formular preguntas y efectuar indicaciones, pudiendo por regla tener conocimiento de las actuaciones.

Los actos que necesariamente deben producirse para el desarrollo de la secuencia que conduzca al juicio, son:

a) *Actividad probatoria*

Tendente a la acreditación de los extremos jurídicamente relevantes del hecho atribuido, con todas sus circunstancias, y a la individualización de sus autores, empleándose para ello y según las particularidades del caso, los medios probatorios a que ya hemos hecho referencia, discrecionalmente dispuestos y utilizados por el instructor. Sobre el particular dispone el artículo 194 del Código Procesal Penal de la Nación que el instructor *deberá proceder directa e inmediatamente a investigar los hechos* que motivaron la requisitoria.

b) *Declaración indagatoria*

Es el acto que dentro de la instrucción formal implica la definición de una atribución delictiva hacia una persona determinada, quien sobre la base de la noticia del delito, de la requisitoria de instrucción y/o de las diligencias investigativas preliminares, es sospechada como autora del ilícito en cuestión, por lo que es convocada coactivamente ante la presencia del instructor. En el transcurso de tal acto se la individualiza, se le comunica la atribución delictiva, se le hacen conocer

sus derechos, se le otorga oportunidad de ser oída y, en caso de que preste su consentimiento, se la interroga en torno al hecho. De tal modo, el acto, investido de estrictos requisitos formales, cumple la función de concretar la imputación, individualizar al imputado, permitirle el ejercicio de su defensa material, designar defensor técnico si no lo hizo con anterioridad y realizar averiguaciones sobre el suceso.

La denominación de “indagatoria” indica a las claras el origen inquisitivo del instituto, ya que fundamentalmente aparecía como un medio de prueba que se dirigía a la obtención confesional de datos e informaciones. La posterior evolución y la clara interpretación del artículo 18 de la Constitución Nacional han ido convirtiendo al acto en una manifestación defensiva, lo que en el Digesto nacional se acentúa con la posibilidad de la previa entrevista con el defensor, aun en caso de incomunicación, y con los requisitos, presentes en todos los digestos, relativos a la facultad de abstenerse de declarar y a la forma en que las preguntas deben formularse⁹.

El Código nacional regula el instituto a partir del artículo 294, señalando que la convocatoria procederá “cuando hubiere motivo bastante para sospechar que una persona ha participado en la comisión de un delito...” Si la persona se encontrase detenida, el acto deberá realizarse *inmediatamente* o, a más tardar, dentro de las 24 horas, término que podrá prorrogarse por imposibilidad de recibirla o por pedido del imputado, sin exceder en ningún caso el término total de 48 horas. El lugar de recepción debe ser siempre el despacho tribunalicio. Al acto sólo pueden asistir el fiscal y el defensor. El artículo 296, de acuerdo con el texto constitucional y los instrumentos internacionales, establece el derecho del imputado de abstención de declarar; agrega que

⁹ ALMEYRA, Miguel Angel, *Las formas de la indagatoria instruccional en la nueva ley de enjuiciamiento*, en L. L. Buenos Aires del 5-10-92.

bajo ningún supuesto se le requerirá juramento o promesa de decir verdad ni se ejercerán coacciones de ninguna naturaleza *ni medio alguno para obligarlo, inducirlo o determinar a declarar contra su voluntad ni se le harán cargos o reconvenciones tendentes a obtener su confesión*, todo ello bajo sanción de nulidad. El acto comienza con el *interrogatorio de identificación*, pasándose luego a informarse por parte del instructor de modo detallado sobre el hecho atribuido al imputado y por el cual ha sido convocado y sobre las pruebas existentes. Esta información, que el Código nacional consagra en el artículo 298, resulta de fundamental importancia para el debido ejercicio del derecho de defensa material y para el conocimiento técnico del defensor, no pudiendo suplirse con una referencia genérica o meramente formal ni tampoco con la mención de los artículos de la ley sustantiva que se estiman aplicables. De lo que se trata es de describir con claridad qué conducta ilícita se atribuye, la que debe, obviamente, guardar estricta correlación con lo explicitado en el requerimiento de instrucción. De ello deberá dejarse constancia en el acta respectiva¹⁰. En el caso en que el imputado decida declarar y haya consultado con su defensor, expondrá lo que considere conveniente, lo que deberá ser, así mismo, vertido de modo textual en el acta. Finalizada la exposición, podrán dirigírsele preguntas sobre el hecho. El artículo 304 del ordenamiento ritual manda al juez “investigar todos los hechos y circunstancias pertinentes y útiles a que se hubiere referido el imputado”, lo que lleva a la necesaria verificación de los descargos, acentuando de tal modo el carácter de medio de defensa material del

¹⁰ Es sabido que durante mucho tiempo constituyó una práctica habitual la utilización de formularios en los que se vertía la declaración y que comenzaban con un encabezamiento que decía que “informado el imputado del hecho atribuido”, o “habiéndosele hecho saber que se le imputa...” Es evidente que esto implicaba un grosero apartamiento del requisito legal de la intimación atributiva.

acto y la necesidad de una actuación imparcial establecida desde el mismo inicio de la investigación judicial.

c) *Definición por auto de la situación del imputado*

Admitida la requisitoria de instrucción, producida la investigación mediante la actividad probatoria e indagado el imputado, el juez debe necesariamente resolver la situación de aquél, dictando mediante auto lo que estime procedente.

Este doble papel del juez investigador y juzgador de los méritos de su propia actividad, es uno de los rasgos distintivos de la instrucción formal y revela mejor que cualquier otro el linaje inquisitivo del sistema. Porque lo propio del método es esa confusión entre los papeles de director en la reunión de elementos probatorios y de valorador de los resultados de la tarea realizada. Así, el juez de instrucción no sólo investiga, sino que debe decidir sobre lo investigado, lo que se realiza a través de los denominados *autos de mérito instructorio*, que son resoluciones que, si bien tienen carácter provisional, definen el curso procesal e implican avances en grado al conocimiento judicial en torno a la atribución delictiva.

En el mencionado desarrollo, el decisorio que aparece como central en el avance instructorio es: *el auto de procesamiento*, instituto que no aparecía dentro de la anterior legislación nacional que hacía derivar el procesamiento de la indagatoria, lo que generó unánime crítica por parte de la doctrina, y que condujo a que en la práctica el instituto fuera suplido a través del auto de prisión preventiva. El auto de procesamiento, derivado de la legislación española, aparece dentro de nuestra legislación por primera vez en el Código de Santa Fe de 1895 y adquiere especial relevancia a partir de la adopción provincial de los digestos adheridos al sistema mixto.

Dentro de la referida coherencia secuencial, el procesa-

miento presupone, obviamente, la promoción y desarrollo de la instrucción y que se haya producido (bajo sanción de nulidad) la indagatoria del imputado, a más de una investigación en torno al hecho atribuido. El plazo, contado desde la indagatoria, en el que debe dictarse el procesamiento, es por lo común de diez días. Para fundarlo, el instructor deberá efectuar una meritación de las constancias logradas hasta el momento y valorar si, de acuerdo con las mismas, la atribución delictiva tiene fundamentos suficientes, los que son ponderados en grado de probabilidad.

El tema, destacado como especialmente importante en el curso del avance procesal, mereció estudios particularizados por parte de Vélez Mariconde y, especialmente, de Clariá Olmedo, quien entiende este juicio como una conclusión afirmativa sobre la realidad de la imputación que generó la apertura y desarrollo instructorio¹¹. Dentro de tal perspectiva, se lo ponderó como un instituto de especial relevancia, cuyos requisitos y características definitorias son:

- 1) Acto de decisión jurisdiccional, emanado de oficio del juez de instrucción, y fundado;
- 2) refiere a los hechos constitutivos de la atribución delictiva, decidiendo que, conforme a las pruebas introducidas, se está en presencia de un acontecimiento o conducta efectivamente sucedido y subsumible dentro de figuras de la parte especial que deben mencionarse con las citas legales pertinentes;
- 3) individualiza al imputado, vinculándolo al hecho, y estableciendo su eventual responsabilidad en el grado que corresponda, y

¹¹ CLARIA OLMEDO, *Tratado...* cit., t. IV, p. 351. Define el procesamiento como “la declaración jurisdiccional que, haciendo mérito de las constancias reunidas en los primeros momentos de la investigación sumarial, acepta provisionalmente la imputación ante la posibilidad de que aquel contra quien va dirigida sea penalmente responsable del delito que se investiga”.

- 4) todo esto en grado de *probabilidad* o *provisionalidad*, ya que el procesamiento no es una declaración de certeza, que sólo surge de la sentencia definitiva, pudiendo ser modificado por el propio instructor ante nuevos elementos y no teniendo carácter vinculante para la posterior acusación ni para el pronunciamiento definitivo.

De todas maneras, el procesamiento aparece como una verdadera sentencia instructoria y de hecho constituye un momento fundamental en el curso procesal, con una incidencia directa sobre el posterior desarrollo.

En el supuesto contrario al hasta ahora considerado, esto es, cuando de las constancias obrantes surge la inexistencia de un hecho delictivo o de autoría por parte del imputado, corresponde el dictado del *auto de sobreseimiento*. Por tal se entiende la resolución jurisdiccional que determina la finalización del proceso, haciendo cesar el desarrollo del mismo y extinguiendo la acción a favor del imputado favorecido y en relación al delito de que se trate.

Etimológicamente, la voz castellana “sobreseimiento” surge de la superposición de las dos palabras latinas *super* y *cedere*, cuyos significados indican la idea de cesar, desistir o terminar.

Se ha distinguido entre el sobreseimiento provisional (regulado en el anterior Código nacional), que suspende el trámite de la causa y “desprocesa” al imputado, y el definitivo, que cierra de manera irrevocable, con fuerza de cosa juzgada, el procedimiento, haciendo desaparecer la imputación. También cabe diferenciar entre el sobreseimiento total, que refiere tanto a las diferentes imputaciones delictivas como a los sujetos involucrados, y el parcial, que puede comprender –objetivamente– la desincriminación respecto de ciertos hechos y/o –subjetivamente– a alguno de los imputados.

El sobreseimiento implica una decisión de mérito respecto de aspectos sustantivos o procesales que, sobre la base de

las constancias instructorias o por hechos sobrevinientes, determina una conclusión desincriminante de tal entidad que hace innecesaria la prosecución de la causa y el paso a la etapa del juicio¹².

El *sobreseimiento provisional* responde al reconocimiento de una situación objetiva de insuficiencia probatoria respecto de las características delictivas del suceso investigado o, especialmente, de la autoría y/o responsabilidad del imputado, sin que en el caso se advierta la certeza de la existencia de algunas de las causales que conducen al sobreseimiento definitivo. Ante tal situación, el instructor no encuentra elementos válidos para sobreseer ni para procesar o para disponer la remisión a juicio, decidiendo en consecuencia suspender la causa hasta la aparición de nuevos elementos por el plazo de prescripción del delito de que se trate. Se encontraba previsto en el artículo 435 del Código de 1888 y perdura en los códigos de las provincias de Buenos Aires y de Jujuy; el Código Modelo para Iberoamérica lo consagra en el artículo 281 bajo la denominación de "clausura provisional"¹³ y se regulaba en el Proyecto del Poder Ejecutivo de 1986, al igual que en otros diseños actualizados.

El instituto presenta semejanzas con el de *falta de mérito*, difiriendo en cuanto a los plazos de mantenimiento de la

¹² RUBIANES, Carlos, *Manual de Derecho Procesal Penal*, t. I, p. 185. De modo casuístico dice el autor: "Es la resolución judicial interlocutoria, de índole jurisdiccional, que debe ser fundada, por la cual, provisional o definitivamente, total o parcialmente, produce el cese de la actividad procesal, impidiendo la acusación o desarrollo del proceso en su curso hacia la sentencia definitiva, o bien imposibilitando el dictado de ésta; todo ello en razón de motivos o causales determinados en la ley procesal de índole sustancial o formal".

¹³ "Si no correspondiere sobreseer y los elementos de prueba resultaren insuficientes para requerir la apertura del juicio, se ordenará la clausura del procedimiento, por auto fundado, que deberá mencionar, concretamente, los elementos de prueba que se espera poder incorporar. Cesará toda medida de coerción para el imputado a cuyo respecto se ordene la clausura [...] Cuando nuevos elementos de prueba tornen viable la reanudación de la persecución penal, para arribar a la apertura del juicio o al sobreseimiento (absolución anticipada), el tribunal, a pedido del Ministerio Público o de alguno de los intervinientes, podrá permitir la reanudación de la investigación".

situación de provisionalidad, y también con la denominada "prórroga extraordinaria de la instrucción". Queda en claro que la situación suspensiva se mantiene mientras no aparezcan elementos probatorios nuevos, diferentes de los existentes al momento en que se dictó, y que por su entidad justifiquen razonablemente la prosecución del trámite procesal con vistas al juicio.

El sobreseimiento definitivo o sobreseimiento propiamente dicho o en sentido estricto, implica la clausura de la instrucción, cuando en el transcurso de la misma surgen elementos que indican con claridad, en grado de evidencia, que no cabe responsabilidad penal por parte del imputado a cuyo favor se dicta. En consecuencia, resulta de plena razonabilidad hacer cesar la persecución penal y los constreñimientos de ella derivados, ya que resultaría absurdo proseguir una causa cuyo resultado desincriminante ha surgido claro durante el desarrollo instructorio. Como señala Leone, opera sobre esta materia el *favor rei*, es decir, el principio en virtud del cual los instrumentos procesales deben tender a la declaración de certeza de no responsabilidad del imputado cuando ello es notorio¹⁴, posición que igualmente resulta abonada por criterios de economía procesal.

En general, los códigos disciplinan el instituto señalando que el sobreseimiento puede ser dictado durante el transcurso instructorio de oficio o a solicitud tanto del fiscal como de la defensa a favor del imputado que ha sido indagado cuando medie alguna de las causales que se enumeran y que podríamos englobar dentro de las siguientes:

- a) De índole sustantiva relativas al encuadre legal del hecho, porque el mismo no es delito (principios constitucionales de legalidad y reserva) o bien porque se halla presente una causa de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad o absolutoria;

¹⁴ LEONE, ob. cit., t. I, p. 189.

- b) de mérito, respecto de que el hecho no existió o no fue cometido por el imputado, y
- c) de índole procesal, respecto a la viabilidad y subsistencia de la acción o de alguna circunstancia relativa a la incorporación probatoria y/o los plazos instructorios.

El Código nacional trata de la cuestión en el artículo 336, normando que el procedimiento corresponde cuando la acción penal se ha extinguido, el hecho investigado no se cometió o no encuadra en una figura legal, el delito no fue cometido por el imputado o media una causal de justificación, inimputabilidad, inculpabilidad o una excusa absolutoria. Como anteriormente ha sido estudiado, la acción penal se mantiene dentro del plazo de subsistencia que le confiere, entre nosotros, el Código Penal, obrando la prescripción como un motivo extintivo de la facultad persecutoria y sancionatoria (arts. 62, 63 y 67, C. P.). De igual modo la acción se extingue por la amnistía, que es una decisión legislativa, de índole general, que desincrimina una determinada categoría delictiva; también por la muerte del imputado, dado que la responsabilidad penal es de exclusiva índole personal. A estos motivos se agrega, en los delitos de acción de ejercicio privado, la renuncia del ofendido.

La circunstancia de que surja de la investigación que el hecho no fue cometido, hace desaparecer el presupuesto fáctico de la imputación, extremo que también se aplica a lo relativo a la autoría o, mejor dicho, a la ausencia de ella. Lo que concierne a que el suceso no encuadra dentro de una figura penal es obvia derivación del principio constitucional de legalidad.

Lo que aparece consagrado en el inciso 5º del artículo 336 del Código nacional refiere a lo que es estudiado en la dogmática jurídico-penal como la *faz negativa del delito*; dentro de la teoría analítica del mismo, como contrapartida de los elementos positivos de acción o conducta, tipicidad, antijuri-

dicidad, imputabilidad y culpabilidad, que deben encontrarse presentes en el hecho injusto, se consideran las particularidades de situaciones en que aparecen elementos que modifican esas categorías o circunstancias de falta de alguna de ellas, ante lo cual desaparece el delito como tal, las que se encuentran previstas en el artículo 34 del Código Penal. A lo largo de la evolución doctrinaria se han producido arduas discusiones sobre las particularidades de estas causales, al igual que sobre lo correspondiente a la ubicación sistemática, que no es el caso tratar aquí, limitándonos a señalar aquellas que por su claridad presentan el carácter operativo en orden a la inmediata cesación de la persecución penal.

Las causas de justificación son aquellas que hacen desaparecer la antijuridicidad de la conducta, por lo que el hecho, a todos los efectos, carece de ilicitud a pesar de su previa apariencia delictiva. Ellas son, sin perjuicio de discusiones dogmáticas, el cumplimiento de deberes y el ejercicio legítimo de derechos, el estado de necesidad, la legítima defensa y la obediencia debida.

La inimputabilidad refiere a la ausencia de condiciones psíquicas mínimas para la comprensión y voluntariedad del hecho, ya fuere por minoridad, insuficiencia de las facultades o alteración grave de las mismas. La inculpabilidad refiere al error de hecho no imputable y a la coacción, y las excusas absolutorias, que en realidad más que a la faz negativa del delito tocan a condiciones de no punibilidad, se relacionan con casos legales particulares, tales como el desistimiento de la tentativa (art. 43, C. P.), la tentativa de aborto propio en la mujer, la retractación en los delitos de calumnias e injurias, las ofensas en juicio y las injurias recíprocas, el casamiento con la ofendida soltera y que consiente en los delitos de violación, estupro, raptó o abuso deshonesto (art. 132, C. P.), encubrimiento de familiares, y hurtos, defraudaciones y daños entre parientes.

El sobreseimiento definitivo será dispuesto por auto fundado, apelable por las partes; en relación a la defensa, cuando discrepe con la causal invocada o cuando se disponga una medida de seguridad. Al quedar firme, tiene efecto de cosa juzgada, haciendo operable la garantía de *non bis in idem* si se pretendiese una nueva persecución por los mismos hechos por los que se ha sobreseído.

Falta de mérito. La mayoría de los códigos del sistema mixto contemplan el auto de falta de mérito como una alternativa para situaciones de duda en las que no hay elementos para procesar, pero tampoco para sobreseer; opera de manera similar a lo que se analizó respecto del sobreseimiento provisional. El Digesto nacional lo contempla en el artículo 309. Se trata de una situación en la que la investigación se encuentra ante una noticia fundada de la comisión del delito, pero respecto de la cual no se ha podido arribar a un pronunciamiento de probabilidad en orden a la autoría que permita avanzar hacia el juicio. D'Albora califica el instituto como propio de una "situación intermedia", entre el procesamiento y el sobreseimiento¹⁵ y tiene un carácter no conclusivo, ya que la causa no se cierra, sino que queda abierta a la espera de la incorporación de nuevos elementos. De acuerdo con el resultado de la eventual producción probatoria, se desembocará en un procesamiento, con los efectos normales o, en caso contrario, en sobreseimiento.

Prórroga extraordinaria, con efectos semejantes, algunos códigos (Mendoza) establecen que al agotarse la investigación dentro de los plazos normales y no habiendo mérito para sobreseer ni para remitir la causa a juicio, el juez dispondrá de oficio, o a pedido fiscal, por auto fundado y apelable, una prórroga extraordinaria con plazo máximo, el que una vez vencido desembocará en sobreseimiento si no ha habido nuevas pruebas que fundamenten la acusación.

¹⁵ D'ALBORA, ob. cit., p. 383.

C) *Clausura de la instrucción y etapa intermedia*

Desarrollada la actividad probatoria propia de la instrucción y de acuerdo con los márgenes de discrecionalidad del juez a cargo, una vez indagado el imputado y dispuesto, si correspondiere, su procesamiento, dentro de los plazos legales, cabe determinar el cierre de la etapa que, por definición, es provisional y breve. El Código nacional establece (art. 207) que la instrucción deberá realizarse hasta en cuatro meses a contar desde la indagatoria, término que podrá prorrogarse excepcionalmente por dificultades investigativas; pero dado que el plazo es de carácter ordenatorio, su vencimiento no acarrea sanciones procesales. De todas maneras cabe insistir en la necesidad de un acotamiento temporal y de una tramitación sumaria, ya que lo contrario, a más de ocasionar gravámenes a los involucrados, desvirtúa el instituto.

La valoración sobre que la instrucción ha alcanzado sus fines corresponde de oficio al propio instructor. El artículo 346 establece que una vez dispuesto el procesamiento y *estimándose* completa dicha instrucción, el juez correrá vista al querellante, si se hubiese constituido, y al fiscal para que se expidan al respecto.

Con este acto remisivo comienza el período que ha sido denominado como *etapa intermedia* y que marca una serie de actividades tendentes a determinar la procedencia del paso de la causa a juicio. La misma, dentro de la sistemática mixta, aparece como necesaria para relacionar armónicamente el anterior período instructorio, de índole inquisitiva, con el posterior debate acusatorio. De igual modo, dado que quien deberá expedirse sobre tal procedencia es el fiscal, se acentúa la división de funciones de los órganos oficiales, ya que ha sido el instructor quien colectó el material probatorio, aseguró personas, bienes y constancias y diseñó una estrategia investigativa que ahora pasará al Ministerio Público a los fines

de que sobre tal base determine si hay méritos para sostener la acusación pública que abrirá la etapa del juicio.

En sentido riguroso, esta etapa debe ser el análisis de si, de acuerdo con las constancias acumuladas, existe mérito y necesidad de proceder a la apertura del juicio; ello, tanto en razón de la seriedad de la imputación como desde el punto de vista de la procedencia formal. Por cierto que ello no es así dentro de la práctica judicial, donde la cuestión se convierte en una mera formalidad burocráticamente resuelta, efectuada como una repetición de los términos del auto de procesamiento que, de hecho, es el que define la situación.

Llegados los autos al fiscal, éste tiene la alternativa de coincidir con el instructor respecto a que la instrucción se encuentra agotada, o bien discrepar, en cuyo caso indicará de manera puntual las diligencias que estima necesarias para poder expedirse. A su vez, en el primer supuesto (el habitual), si estima haber mérito para la acusación, la formulará a través del escrito conocido como *requisitoria de juicio* que, al igual que el procesamiento (al que por lo común copia) deberá contener la individualización del imputado, una reseña de los hechos y de la prueba y la calificación o encuadre legal. Igualmente, existe la alternativa de que el fiscal puede solicitar el sobreseimiento del imputado.

El requerimiento fiscal será notificado al defensor, quien podrá plantear excepciones y/u oponerse a la remisión a juicio, instando el sobreseimiento. Como se advierte, se disciplina la posibilidad de un breve contradictorio, que generará un incidente en el que el instructor decidirá por auto inapelable; si la defensa no excepciona ni se opone, la remisión será por simple decreto.

De acuerdo con el artículo 353 del Código nacional, la instrucción se clausura, cerrándose irrevocablemente la etapa, por decreto o auto de remisión o auto de sobreseimiento firme.

5. La investigación fiscal preparatoria

Como se desprende de la propia denominación, es la actividad investigativa realizada de modo directo por los representantes del Ministerio Público que, en su carácter de titulares de la facultad de acción pública, reúnen los elementos de conocimiento sobre los que fundarán su acusación. Las más notorias diferencias con el régimen de instrucción formal, con cuyos fines hay –de modo general– coincidencia, radican en la circunstancia de que se establece una clara diferenciación entre los papeles de persecución e investigación y los de decisión; que el protagonismo corresponde al fiscal, acentuándose el carácter acusatorio y, al mismo tiempo, definiéndose una mecánica partiva, y que se simplifican y dinamizan notoriamente los procedimientos, ganándose, al mismo tiempo, en efectividad y estricto cumplimiento de las garantías.

A) *Antecedentes*

Dentro del campo del Derecho Comparado, el ejemplo más conocido del sistema lo encontramos en los ordenamientos anglosajones, en los que corresponde a las fiscalías de modo exclusivo la preparación del caso que llevarán a juicio y sin que existan equivalentes de una etapa instructoria¹⁶. En el Derecho de raíces continentales europeas, la Ordenanza Procesal Penal alemana consagra la investigación a cargo del fiscal, que aparece como la autoridad acusadora¹⁷ y que tiene la obligación de averiguar todas las circunstancias del hecho punible de que haya tenido conocimiento por los medios establecidos. Esta investigación o fase de averiguación o procedimiento preparatorio, concluye al estimar la fiscalía que ya ha logrado lo suficiente para acusar o, en caso contrario,

¹⁶ CARRIO, Alejandro, *El enjuiciamiento penal en la Argentina y en los Estados Unidos*, Eudeba, Buenos Aires, 1990, p. 60.

¹⁷ GOMEZ COLOMER, Juan Luis, *El proceso penal alemán: introducción y normas básicas*, Bosch, Barcelona, 1985, p. 70.

archivar la causa. Semejante es el sistema de los nuevos Códigos de Italia y de Portugal, entre otros.

En nuestro país, sin contar el antecedente del proyecto de Victorino de la Plaza para el orden federal, es significativa la incorporación del instituto de la *citación directa* en el Código de Córdoba de 1939, que lo disciplinaba entre los procedimientos especiales y para el enjuiciamiento de delitos de competencia correccional y para los cometidos en audiencia ante jueces letrados. Si correspondía la citación directa, a la que el imputado podía oponerse, el fiscal practicaba una información sumaria, actuando por iniciativa propia y sin mayores formalidades, a los efectos de reunir los elementos necesarios para fundar su requisitoria.

Pero la cuestión se introduce dentro de la cultura jurídica argentina cuando se plantea y difunde el Proyecto de Código Procesal Penal de la Nación elaborado por el doctor Julio Maier. Se inicia allí un debate que divide profundamente posiciones y que lleva a la discusión temas que hasta entonces habían estado ausentes dentro de nuestra doctrina y de los que no se encontraba referencia alguna en los diferentes tratados y monografías. Así como años antes se había polemizado en torno a la oralidad, en ese momento se analizaba la conveniencia de confiar la investigación al Ministerio Público, sustituyéndose la instrucción formal. Y si bien el mencionado proyecto no tuvo sanción legislativa, el impulso dado a la nueva sistemática se extendió hacia proyectos y concreciones de reformas en todo el ámbito latinoamericano, no pudiendo dudarse en la hora actual de que es el único método razonable para fundar la acusación pública.

Al respecto, conviene recordar que en la Exposición de Motivos del antedicho proyecto se expresaba que “toda la tarea que supone la investigación preliminar de un delito de acción pública, para buscar el fundamento de una acusación formal o, de otro modo, requerir un sobreseimiento, ha sido confiado al Ministerio Público que así reemplaza la labor que actualmente llevan a cabo

los jueces instructores”¹⁸, buscándose a la vez acercar el diseño al modelo acusatorio y simplificar los procedimientos. Así mismo, se explicita que la elección por el método preparatorio de la acusación es una de las cuestiones fundamentales de la política procesal penal, a más de un tema específico de los procedimientos penales, en el que se encuentran comprometidos los límites y racionalidad del uso del poder y el correcto equilibrio entre la eficacia investigativa y el estricto respeto de las garantías constitucionales. De ahí que dentro de un espíritu republicano se haya entendido que si bien era necesario mantener la persecución penal estatal, cuyo origen se encuentra en la Inquisición, era preciso diferenciar la investigación del juzgamiento y no confundirlas, como ocurría dentro de los procedimientos inquisitivos clásicos de los que nuestro país fue tributario. De ahí la necesidad de distinguir la función de requerir de la de decidir, ya que no “es susceptible de ser pensado que una misma persona se transforme en un investigador eficaz y, al mismo tiempo, en un guardián celoso de la seguridad individual; el buen inquisidor mata al buen juez o, por el contrario, el buen juez destierra al inquisidor”. Por eso el proyecto proponía que el Ministerio Público fuese el responsable de la investigación preliminar y que los jueces controlasen dicha investigación, invirtiendo el esquema de la instrucción formal.

El Proyecto de Código Procesal fue complementado con otro de Ley Orgánica para la Justicia Penal y el Ministerio Público¹⁹.

¹⁸ MAIER, *Proyecto...* cit., p. 659.

¹⁹ MAIER, Julio B. J., *Hacia una nueva justicia penal. Texto completo del anteproyecto de Ley Orgánica para la Justicia Penal y el Ministerio Público*, en *Doctrina Penal*, N° 42, Buenos Aires, 1988. En el Libro III se establecían como integrantes jerárquicamente organizados del Ministerio Público al procurador general de la Nación, el Consejo Fiscal, los fiscales generales, los fiscales adjuntos, los agentes fiscales y los auxiliares fiscales. Los fiscales generales actuarían como jefes del Ministerio Público dentro de sus respectivos distritos, siendo los responsables del buen funcionamiento del instituto dentro de ese ámbito. A ellos correspondía el ejercicio de la acción penal.

Como ya hemos considerado, este punto del proyecto se convirtió en centro de una amplia discusión, que superó la que años atrás se había producido en torno a la oralidad²⁰. En el transcurso de dicho debate, que se tradujo en una interesante producción monográfica y en ponencias en los diferentes congresos, se avanzó en una aguda crítica hacia la instrucción formal, la que fue analizada en sus más notorios defectos de una organización feudal, de raíces inquisitivas, atada a formalismos anacrónicos y asentada sobre actos repetitivos, apta para determinar delitos leves y por completo ineficaz ante los complejos, caracterizada por una absurda inversión de roles en los que el juez investiga y el fiscal controla y concretada a través de un permanente trabajo delegativo en el que, de hecho, el instructor es una suerte de jefe de despacho, estando las labores a cargo de secretarios y simples empleados²¹.

Entre quienes abogaron con mayor ardor por la incorporación a nuestra legislación de la investigación fiscal preparatoria debe mencionarse al profesor cordobés José Ignacio Cafferata Nores, quien señaló la necesidad de sustituir la instrucción a cargo de un juez por procedimientos investigativos llevados a cabo por los propios fiscales, a quienes corresponde efectivizar el diseño que los conduciría a sustentar su acusación pública²², evitando la absurda inversión de roles y eludiendo lo que irónicamente califica como "pomposidad instructoria". Dentro del marco de sus ideas, corresponde al Ministerio Público establecer políticas de persecución penal, disponer de la acción

²⁰ Entre los principales opositores a la investigación fiscal preparatoria puede citarse al Dr. Ricardo Levene y a sus inmediatos colaboradores, como también en el ámbito de la Universidad de Córdoba al Dr. Torres Bas.

²¹ Al respecto, el excelente trabajo de BINDER, Alberto, *Independencia judicial y delegación de funciones: el extraño caso del Dr. Jekyll y Mr. Hide*, en *Doctrina Penal*, N° 46/47, Buenos Aires, 1989.

²² CAFFERATA NORES, José Ignacio, *La investigación fiscal preparatoria como alternativa frente a la instrucción jurisdiccional*, en *Doctrina Penal*, N° 40, Buenos Aires, 1987.

pública y orientar la investigación, recibir pruebas y realizar los actos necesarios para esta tarea investigativa.

Estas ideas tuvieron especial repercusión en la Provincia de Córdoba que, como medio siglo antes, se convirtió nuevamente en abanderada de las reformas procesales, que finalmente se concretaron en un nuevo Código Procesal Penal que luego analizaremos y que fueron seguidas por la reforma de Tucumán (que tuvo sanción anterior) y que, con diversas modificaciones, se encuentran presentes en proyectos de Santa Fe, Mendoza, y en el reciente Código de Buenos Aires y diversos países latinoamericanos.

Así mismo el sistema se incorporó al Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica.

En el caso de la legislación procesal vigente para el orden nacional, es sabido que el proyecto original, elaborado por el doctor Ricardo Levene sobre la base del Código de La Pampa, disciplinaba en un todo la instrucción formal. Pero las modificaciones introducidas en Diputados aceptaron en alguna medida las tendencias que habían adquirido fuerza durante las discusiones y difusión del proyecto del doctor Maier e incorporaron con alguna hibridez posibilidades investigativas a cargo del Ministerio Público, las que tanto por la señalada ambigüedad normativa como por el apego a anteriores prácticas y por una fuerte hostilidad hacia este modo de actuación, no han tenido un desarrollo significativo ni han generado una doctrina judicial relevante, aunque la sanción de la ley 24.826 confía la investigación fiscal en caso de flagrancia. En el esquema del Código el instructor puede delegar, de modo parcial y sujeta a ciertas condiciones, la investigación preparatoria en el agente fiscal. De acuerdo con los artículos 188 y 196 el procedimiento puede ocurrir cuando la denuncia fuera recibida de manera directa por el representante del Ministerio Público o bien cuando éste procediera a ejercerla de oficio, por solicitud del fiscal o determinación del juez, pero siempre con conocimiento de dicho órgano

jurisdiccional, el que a su vez es el único facultado para recibir declaración indagatoria al imputado y para la realización de todas las medidas definitivas e irreproducibles y para decretar las relativas a constreñimientos (arts. 209 a 215 inclusive).

B) *El desarrollo de la actividad fiscal investigativa*

Dentro del sistema, todo lo concerniente a la investigación corresponde al fiscal. Así lo disponen los artículos 301 del Código Procesal Penal de Córdoba²³, el 266 de Buenos Aires y el 229 del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica. El artículo 328 del Código Procesal Penal de Tucumán establece que “el fiscal de instrucción procederá [...] para reunir los elementos que servirán de base a sus requerimientos...”, agregando el precepto siguiente que para ello realizará “todos los actos que considere necesarios y útiles para la investigación”. Para ello contará con el auxilio de la policía en función judicial. El proyecto santafesino dispone que la investigación fiscal preparatoria corresponde al fiscal (art. 216) y que el objeto de la misma es “averiguar los hechos que con apariencia de delito fueran denunciados o conocidos, con la finalidad de preparar la eventual acusación que permita la apertura del juicio penal”.

El fiscal inicia las actuaciones por propia decisión según conocimiento de hechos presuntamente delictivos, por denuncia o por actividad policial, con inmediata comunicación de ésta al representante del Ministerio Público. Estas actividades iniciales,

²³ Sobre las características del nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba ver: AYAN, Manuel; CAFFERATA NORES, José; MONTERO, Jorge; FERRER, Carlos; BARBERO DE ALTAMIRANO, G.; CASAS DE MERA, M.; FERRERA VIRAMONTE; FIGUEROA DE IMBERTI; IRIARTE, R. M.; NIETO SOSA; NOVILLO CORVALAN, M.; ORTIZ, E.; OTTONELLO, M.; PIPPI DE DOTTA, S.; SABBATINI, M.; VIVAS, G. y WEISS, A. G., *Estudio sobre el nuevo Código Procesal Penal de Córdoba*, Lerner, Córdoba, 1993. Sobre el de Provincia de Buenos Aires: CHIARA DIAZ, Carlos Alberto; ALTUVE, Carlos Alberto; DOMINGUEZ, Federico; HORTEL, Eduardo Carlos; SORIA, Pedro Luis y VAZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo, *Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires comentado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1997.

de conocimiento del delito, son denominadas en el Código Procesal Penal Modelo como *actos introductorios*, sobre los que cabe remitirse a lo ya estudiado respecto a los modos de inicio de la etapa instructoria. Tras la admisión comienza el desarrollo investigativo propiamente dicho en torno a los hechos pertinentes y para lo cual el fiscal está investido de facultades coercitivas, pudiendo exigir informaciones a representantes de instituciones, funcionarios y empleados públicos, y testigos en general.

Se ha discutido en doctrina y ha sido propuesto de diferentes formas lo relativo al ámbito de las facultades fiscales, especialmente cuando las mismas implican intromisiones en ámbitos de privacidad o afectaciones de zonas amparadas por las garantías constitucionales. Entiendo que la regla, en todos estos supuestos, es la de la necesaria intervención del *juez de la instrucción*. O de las garantías, como disciplina el moderno Digesto bonaerense. En consecuencia, toda vez que el fiscal estime necesario realizar un allanamiento de morada o una interceptación de comunicaciones o realizar alguna diligencia definitiva e irreproducible, deberá dirigirse al magistrado quien decidirá sumariamente sobre el particular. Esto último se encuentra previsto en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica bajo la denominación de "anticipo de prueba" (art. 258): "Cuando sea necesario practicar un reconocimiento, reconstrucción, pericia o inspección que por su naturaleza y características deban ser considerados como actos definitivos e irreproducibles, o cuando deba declarar un órgano de prueba que, por algún obstáculo difícil de superar se presuma que no podrá hacerlo durante el debate, el Ministerio Público o cualquiera de los intervinientes requerirá al juez de la instrucción que lo realice". Respecto de las medidas cautelares, especialmente las de índole personal, si bien puede admitirse la realización de las urgentes por decisión fiscal, de modo semejante a lo que ocurre con los funcionarios policiales, cuando la privación de libertad se prolongue, la determinación de la misma debe ser de exclusiva decisión jurisdiccional, como

igualmente todo lo concerniente a los incidentes pertinentes. Lo contrario implicaría dotar al fiscal de excesivo margen de facultades y diluir el sentido garantista de la diferenciación de funciones, incurriéndose de hecho en una mera sustitución de un inquisidor jurisdiccional por un inquisidor fiscal.

Un tema que ha ofrecido una importante e interesante línea evolutiva es el concerniente a la *declaración del imputado*, tendiéndose primero a modificar el antiguo carácter de *indagatoria* al que ya hemos hecho referencia. El artículo 306 del Código cordobés, si bien cambia la denominación, se mantiene fiel a la antigua redacción estableciendo que “cuando hubiere motivo bastante para sospechar que una persona ha participado en la comisión de un hecho punible, el órgano judicial competente procederá a recibirle declaración”, dentro del plazo de 24 horas si estuviere detenido. La tendencia predominante es la de la eliminación de la necesidad de este acto, sustituyéndoselo, a los efectos de la concreción de la imputación, por la realización de *acta de imputación*, en la cual el órgano de persecución penal notifica de modo formal y fehaciente al imputado de la atribución delictiva, los órganos competentes, la causa en trámite y las facultades procesales. Es lo que disponen los artículos 239 y 240 del proyecto santafesino, estableciéndose de tal manera que cuando se estimare por parte del fiscal que de los elementos reunidos en la investigación surgiere la *probabilidad de que el imputado pudiese ser acusado como autor o partícipe de un delito*, procederá a citarlo a audiencia, en cuyo transcurso notificará por escrito del hecho atribuido y su calificación, las pruebas existentes y los derechos procesales. De tal manera, este acto cumple a todos los efectos el papel de la definición de la imputación y concreta la acción respecto del justiciable, quien cobra plena actividad partiva; si el imputado decide declarar, lo hará saber, recibándose su exposición, perfilada así en su estricta manifestación de defensa material. Y respecto a esto,

la simetría del procedimiento exige la intervención del defensor, cuya presencia es obligatoria en todos los actos con trascendencia sobre la situación del accionado.

Los actos investigativos tendrán carácter de secretos para los extraños, pero no para el imputado y su defensa; igualmente ésta podrá proponer diligencias y hacer las indicaciones que estime conducentes.

Obviamente, no hay actos de mérito instructorio ni otras formalidades que las indicadas. En el proyecto de Santa Fe se prevé lo que se denomina como *negocio jurídico procesal*, normando el artículo 10 que las partes, con autorización jurisdiccional, *podrán acordar el trámite que consideren más adecuado en cualquier etapa del procedimiento, privilegiando los objetivos de simplicidad y abreviación, y salvaguardando la garantía del debido proceso.*

C) *El fin de la investigación y la formulación de la acusación*

Llevada a cabo la investigación dentro de los plazos legales (por lo común computados a partir del acta de imputación) y sin que medie, en los casos previstos, la aplicación de criterios de oportunidad o de la suspensión del proceso, el fiscal presentará su demanda de justicia. Al respecto es importante tener en claro que el sistema destaca el carácter meramente preparatorio de la actividad realizada y, al mismo tiempo, la importancia fundamental del juicio como la instancia determinante de todo el procedimiento penal.

Precisamente, la señalada característica, a la que debe agregarse la restitución de los correctos roles procesales, exige que la crítica de esa actividad preparatoria y el análisis del mérito y procedencia de la acusación deban ser cuidadosamente ponderados por un órgano jurisdiccional o *tribunal de acusación*, lo que en los procedimientos anglosajones es conocido como el jurado de acusación o gran jurado.

A diferencia de lo que acontece dentro de la instrucción

formal, la etapa intermedia cobra una especial importancia, revistiendo plenamente su sentido de etapa crítica en torno a las conclusiones a que arribó la investigación. Sobre el particular, bien observó Julio Maier que el juicio “es de tal importancia tanto para quien es perseguido en él cuanto para la misma administración de justicia, que no es posible actuarlo en concreto sin control previo sobre la validez formal y la seriedad material de la requisitoria fiscal”²⁴. Esta idea lleva al convencimiento de que el juicio no puede ser de ningún modo una consecuencia puramente burocrática y rutinaria de la investigación, sino que debe ponderarse como un acto trascendente cuya necesidad surgirá del análisis del mérito de la imputación, de la procedencia de la misma y de una real contradicción.

El control de la acusación es previsto dentro del Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica señalando que cuando el fiscal estime que la investigación cumplida ofrece elementos para fundamentar la acusación, requerirá por escrito la apertura del juicio, individualizando al imputado, haciendo una relación de los hechos, efectuando una concreción de la imputación y una reseña de los medios de prueba que la sustentan, expresando los preceptos legales invocados e indicando el órgano jurisdiccional competente (art. 263); acompañará las actuaciones realizadas y los medios materiales de prueba que haya reunido y podrá efectuar un planteo imputativo alternativo. Recibido todo esto por el tribunal, se dispondrá la notificación con copia de la requisitoria a las partes, colocando el material a disposición. Dentro del plazo de seis días, la defensa podrá puntualizar defectos formales de la requisitoria instando su corrección, deducir excepciones y/o peticionar el sobreseimiento, y señalar los medios de prueba que considere omitidos a los efectos de que sean practicados por el tribunal.

²⁴ MAIER, *Exposición...* cit., p. 662.

Igualmente, dentro de esta etapa intermedia se definirán las cuestiones relativas a la constitución de partes civiles y del querellante, sobre las que se resolverá en definitiva, convirtiendo a este momento en una instancia que contempla todos los aspectos que hacen a la admisibilidad de las intervenciones partivas, la regularidad de la relación y la seriedad de la acusación.

El Código de Córdoba dispone en su artículo 354 que el fiscal de instrucción procederá a efectuar su citación a juicio “cuando habiendo recibido declaración al imputado estimare cumplida la investigación y siempre que hubiere elementos de convicción suficientes para sostener como probable la participación punible del imputado en el hecho intimado...”, debiendo contener este escrito los requisitos a que ya hemos hecho referencia. A diferencia de lo dispuesto en el Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica la requisitoria se presenta ante el juez de la instrucción y no ante un tribunal, simplificándose el procedimiento. Las conclusiones fiscales se notificarán al defensor, quien dentro del plazo de tres días puede “oponerse instando el sobreseimiento o el cambio de calificación legal”, supuestos en que las actuaciones pasarán de inmediato al juez quien resolverá sobre lo planteado. La regulación de la etapa guarda semejanzas con la dispuesta dentro del Código federal, sistema que igualmente sigue el Código de Tucumán y, con algunas diferencias, el proyecto santafesino. De tal modo, si no media oposición o planteo de excepción, la causa se remite a juicio, debiendo en caso contrario resolverse jurisdiccionalmente sobre lo pertinente.

6. La suspensión del proceso

Tradicionalmente, una vez admitida la actividad promotora de la acción, el desarrollo de la secuencia procesal podía encontrar únicamente su culminación a través de la resolución conclusiva de sentencia o bien, de manera excepcional,

en el sobreseimiento. La sanción de la ley 24.316 vino a incorporar un nuevo instituto, conocido como *probation*, cuya aplicación significa suspender el curso de una causa en trámite. El mismo aparece dentro de un texto modificatorio del Código Penal en el que también se trata de las reglas de la libertad condicional²⁵ y en lo que hace a su redacción ofrece varios problemas interpretativos todavía no suficientemente aclarados²⁶, pero en lo básico es estimable como un primer intento hacia un cambio de mentalidad respecto de los criterios estrictos del principio de legalidad y inevitabilidad persecutoria a cuyos defectos ya hemos hecho referencia (supra, t. I, Cap. X, punto 4).

Dentro del Derecho Comparado aparecen diferentes soluciones para discernir la necesidad de llegar a una decisión jurisdiccional final y no aplicar una sanción punitiva, cuyos antecedentes son de variada índole y características, entre los que cabe mencionar el indulto, el perdón judicial, las decisiones de gracia, la denominada “diversión” y las distintas manifestaciones de criterios de oportunidad; entre tales mecanismos, uno de los de mayor desarrollo ha sido el de la *probation* anglosajona que decide la suspensión del pronunciamiento definitivo durante un lapso de prueba para el justiciable, a cuyo término, de haberse cumplido las condiciones fijadas, se extingue definitivamente toda pretensión penal. El objetivo buscado es tanto el de no hacer recaer consecuencias negativas en personas que, por diferentes motivos (carencia de antecedentes, inexperiencia, hechos de mínima en-

²⁵ Es curioso comprobar cómo dentro de nuestra evolución legislativa encontramos frecuentes casos en los que la legislación de ubicación sustantiva disciplina supuestos estrictamente procesales, tales como el régimen de la acción y de la prescripción, las leyes de extradición, supuestos de procedibilidad, etc., lo que ha ocasionado no pocas confusiones sistemáticas y tratamientos doctrinarios que solamente se encuentran entre los autores argentinos.

²⁶ DE OLAZABAL, Julio, *Suspensión del proceso a prueba*, Astrea, Buenos Aires, 1994.

tividad, actitud de arrepentimiento activo, colaboración procesal, acuerdo con la víctima, reparación de los perjuicios, etc.) se entienden no merecedoras de sanción punitiva efectiva, como el de descomprimir los tribunales. En esta inteligencia se presentaron en los últimos años diferentes proyectos y desde el campo doctrinario se abogaba por la incorporación de este tipo de mecanismos alternativos, llegándose así a la sanción de la ley en mayo de 1994.

De acuerdo con la ley 24.316 se incorpora como artículo 76 bis del Código Penal la disposición relativa a que quien resulte imputado de un delito de acción pública conminado con pena de hasta tres años de prisión puede solicitar la suspensión del juicio, ofreciendo hacerse cargo, en la medida posible, de los daños ocasionados; el juez, con vista fiscal, decidirá sobre la razonabilidad y, en su caso, decidirá la suspensión de la realización del juicio.

CAPITULO XX

EL JUICIO

1. El juicio como etapa fundamental del proceso penal

Toda la actividad investigativa confluye hacia el debate. Más aún: podemos afirmar que las características del fenómeno proceso se dan, de modo exclusivo, en esta etapa¹.

En el anterior capítulo hemos analizado los principales momentos, actos y sistemas que disciplinan lo relativo a la preparación de la acción penal pública que, por su naturaleza y por las características del hecho delictivo, necesita de una investigación la que, por otra parte, se encuentra sujeta a estrictas condiciones de legalidad. El análisis de la seriedad y procedencia formal de la acusación, es decir, de la procedencia del juicio, se realiza a través de lo que se conoce como etapa intermedia, cuyas modalidades y sentido también se consideró. Pero admitida la demanda pública, se pone en marcha lo concerniente a la implementación de esta etapa que, a diferencia de las anteriores, ha de adquirir un valor definitivo conduciendo a través del examen directo de la prueba

¹ RAMOS MENDEZ, Francisco, *Derecho y proceso*, Bosch, Barcelona, 1978. En p. 171 dice el autor: "El desarrollo de las ideas de acción y de jurisdicción conducen inexorablemente al juicio. Tanto la actividad de las partes como la actividad jurisdiccional tienen sentido únicamente en orden al juicio".

y la discusión de su mérito, como así también de los correspondientes encuadres jurídicos, a la resolución conclusiva que defina el objeto procesal y decida sobre la responsabilidad del acusado, imponiendo en caso afirmativo la sanción punitiva y, si se hubiere ejercitado acción y demanda civil, la indemnización resarcitoria.

Ha sido correctamente observado que las garantías que dentro del moderno Estado de Derecho rodean todo lo concerniente a la ley penal sustantiva y a su aplicación en el caso concreto y que, en lo básico, significan que la imposición punitiva sólo puede ocurrir como consecuencia de que realmente haya acontecido una conducta descripta en ley vigente anterior al hecho y que el autor haya sido personalmente responsable de esa conducta (principios de legalidad, de acción, tipicidad y culpabilidad) resultan únicamente efectivas en la medida en que tales extremos “sean objeto de un juicio en el que resulten asegurados al máximo la imparcialidad, la veracidad y el control”², lo que de alguna manera vale para todo el proceso de enjuiciamiento, pero que tiene específica relevancia en lo que concierne al momento del juicio propiamente dicho, que por ende aparece como la instancia por excelencia que hace operable la garantía de judicialidad, ya que implica todo lo concerniente al desenvolvimiento dialéctico que culmina en el acto aplicativo del Derecho vigente al caso concreto conforme a las acreditaciones producidas y a las circunstancias particulares de la situación en consideración.

De acuerdo con lo antedicho, el juicio es la concreción más notoria e importante de la garantía constitucional de judicialidad, que más estrictamente lo es de jurisdiccionalidad, que se formula también en el aforismo de *nulla culpa sine iudicio* y en la que resulta aplicable todo lo anteriormente estudiado sobre el poder y función jurisdiccional. De ahí que

² FERRAJOLI, *Derecho y razón* cit., Cap. 9, p. 537.

todo lo atinente a su correcta regulación adquiriera notoria trascendencia y que, en definitiva, del acierto sobre el que se legisle al respecto depende, en considerable medida, la entera definición del sistema de juzgamiento. Señalar lo antedicho es de especial relevancia en nuestro medio, donde si bien pueden advertirse algunos progresos que, en la relatividad de toda comparación con lo malo anterior, son significativos, esconden confusiones y falacias que, en definitiva, desnaturalizan el sentido profundo del contradictorio.

La etapa se ha conocido bajo diferentes denominaciones, las que destacan alguna característica de la misma; así se ha hablado de “plenario”, atendiendo a que tanto las partes como el órgano jurisdiccional actúan en la plenitud de sus facultades; de “debate” o “discusión”, destacando la mecánica eminentemente contradictoria, y de “juicio”, nombre que se ha impuesto y que deriva tanto de “juzgamiento” como de la circunstancia de que toda la actividad conduce, en definitiva, a la afirmación de reproche o absolución respecto de lo imputado.

Etimológicamente, la voz “juicio”, del latín *iudicio*, se emplea en el sentido de una facultad racional que lleva a distinguir lo verdadero de lo falso, como una operación del entendimiento que compara ideas y establece relaciones, como opinión o dictamen, como prueba de la verdad o como el acto mental por el cual nos formamos una opinión de algo o llegamos a una conclusión o decidimos de modo consciente que algo es de determinada manera. Es de evidencia que todas estas acepciones resultan pertinentes al concepto jurídico que nos ocupa, como igualmente la que se desprende de la elaboración de la lógica. Al respecto Ferrater Mora, luego de pasar revista a diferentes definiciones, señala que en el juicio debe haber afirmación o negación respecto de algo³, lo que también resulta aplicable al tema. Ello, porque esta etapa

³ FERRATER MORA, *Diccionario de Filosofía* cit., t. I, p. 1033.

se caracteriza por afirmaciones de las partes respecto de la existencia y características del hecho atribuido y por la responsabilidad que en el mismo, conforme a las disposiciones sustantivas, le cabe al justiciable, lo que culmina en la decisión del juzgador respecto del asunto.

De acuerdo con el texto del artículo 18 de la Constitución Nacional, nadie puede ser penado sin *juicio previo*. Se ha discutido si el término empleado por la Constitución debe ser entendido como sinónimo de proceso y, en su caso, de éste como “debido”; de enjuiciamiento en general, como garantía de judicialidad; de juicio en el sentido técnico con el que lo emplean los códigos, o de decisión jurisdiccional de condena. Este último aspecto ha sido destacado por Maier, quien habla de *la sentencia judicial de condena como fundamento de la actuación del poder penal material del Estado*⁴. Al respecto es contundente en afirmar que “juicio y sentencia son aquí sinónimos”, ya que el pronunciamiento es el juicio que formula el tribunal como conclusión lógica de un razonamiento fundado en premisas, entre las que se encuentra la de la existencia de una ley anterior sobre el caso.

Pareciera que esta interpretación constriñe excesivamente el sentido del mandato constitucional y la significación garantista del precepto. No surge que el canon refiera de modo exclusivo a la sentencia, entendida como juicio afirmativo de responsabilidad, sino más bien al conjunto o estructura procedimental a cuya culminación se formula la conclusión definitiva. Ello, tanto por la ubicación sistemática y el contexto dentro del cual se encuentra la expresión como por el sentido habitual que tiene la palabra “juicio” como equivalente de enjuiciamiento y, dentro del desarrollo actual de las ideas pertinentes, como la etapa contradictoria. De tal modo, puede concluirse que la garantía constitucional refiere de modo es-

⁴ MAIER, *Derecho Procesal Penal* cit., p. 478.

tricto a la necesidad de que toda resolución condenatoria, toda imposición de pena, deba darse como conclusión razonada de un contradictorio en el que se discutan las postulaciones y se analicen las acreditaciones que es, precisamente, lo que acontece dentro de este período fundamental de los procedimientos penales, hacia el que confluye toda la actividad anterior.

En consecuencia, entendemos por “juicio”, en el sentido constitucional, a la etapa de discusión que, por imperio del principio de organización republicana y como derivación necesaria del Estado de Derecho que la ley máxima establece, debe tratarse de un debate racional conforme al cual, y en relación directa con las argumentaciones y acreditaciones de las partes, debe producirse la resolución que en el caso determine la existencia del hecho y la consecuente responsabilidad del imputado, con imposición de pena legal, si correspondiere.

En este sentido, el juicio es también el medio de establecimiento racional de la verdad judicial, a la que ya nos hemos referido en el capítulo respectivo. Sobre este particular es necesario insistir en la trascendencia, no sólo jurídica, sino también política y hasta filosófica, del método establecido para dilucidar la ocurrencia de un suceso delictivo y formular las pertinentes acreditaciones que conduzcan a la toma de decisión respecto del hecho imputado y de la responsabilidad del justiciable. De tal forma, la elección hacia sistemas que potencian la instrucción (como son los mayoritariamente imperantes en el país) o bien hacia una estructura acusatoria, responde en definitiva a tomar partido por concepciones opuestas e inconciliables, de entidad epistemológica, en orden a lo que entendemos como “verdad procesal”. La Inquisición partía de una idea de la verdad absoluta, tanto en la concepción que le otorgaba legitimidad (defensa de un orden con fundamentos teológicos), como en

demostrar un hecho cuya ocurrencia se presuponía. El inquisidor era dueño de ambas verdades, entendidas como algo que le pertenecía por completo y, por ende, el imputado era quien no la tenía, la ocultaba o disimulaba, correspondiendo, por lo tanto, hacer lo necesario para desentrañarla. Como consecuencia obvia, el debate y la discusión no sólo resultaban inconcebibles, sino que se entendían como obstáculos. Dentro de la lógica inquisitiva, la contradicción es inconcebible. Por el contrario, bien advierte Ferrajoli “que la verdad perseguida por el modelo acusatorio, concebida como relativa o formal, se adquiere como en cualquier investigación empírica, a través del procedimiento por ensayo y error”⁵. La verdad surge de la confrontación, es patrimonio dividido de las partes, que introducen sus respectivas acreditaciones y en el análisis respectivo proponen sus argumentaciones, con un protagonismo que se basa en los intereses que representan y que, por ende, son relativos y verificables, hipotéticos y refutables, ante un tribunal fundamentalmente de contenido arbitral.

2. Nociones sobre la evolución histórica

Dentro de los sistemas acusatorios clásicos, todo el proceso se centraba en torno a lo que llamamos juicio. La imagen del ágora griega o del foro romano, con las audiencias celebradas ante el pueblo y en la que se destacaban los más capaces oradores, ha llegado hasta nuestros días. Por el contrario, los procedimientos inquisitivos (justicia de cortes, por esencial reservada, celosamente confinada en la oscuridad de sus palacios) lo desconocieron o bien lo disciplinaron como un mero apéndice de la preponderante instrucción, y en la estructura mixta aparece como una etapa con características propias y diferentes de la precedente preparatoria.

⁵ FERRAJOLI, ob. cit., p. 610.

Hay razones fundadas para tener por cierto que en todas las manifestaciones primitivas y de la antigüedad de formas instituidas para la aplicación del Derecho predominaba la manifestación oral, que es el modo natural de expresión y comunicación. Sólo hacia fines de la Edad Media, con la tecnificación del Derecho y por la influencia de las recopilaciones realizadas en el Imperio Romano, en gran parte elaboradas por el Derecho Canónico, comienzan a establecerse procedimientos discontinuos, asentados mediante registros, que dan lugar al establecimiento del proceso escrito, que se desarrolla con amplitud en la Europa continental y que aparece consustanciado con el proceso inquisitivo⁶. Ello no ocurre en Inglaterra, que se mantiene fiel a su secular tradición de un proceso acusatorio oral y público; sobre el particular, se ha señalado que “los ingleses mantienen el criterio de que la justicia no solamente debe hacerse, sino que también debe mostrarse cómo se hace, en forma manifiesta e indudable”⁷.

La estructura inquisitiva que daba total predominio a la investigación y que concretaba los procedimientos a través de reglas técnicas rígidamente establecidas y asentadas sobre registros reservados en los palacios tribunales (justicia en cámaras), sin participación ni control popular, fue trasplantada y consolidada en América Latina, conformando esa cultura inquisitiva a la que ya hemos hecho numerosas referencias y que ha marcado rígidamente las características de

⁶ VELEZ MARICONDE, ob. cit., t. I, p. 25: “...el proceso cambia fundamentalmente de fisonomía: lo que era un duelo leal y franco entre acusador y acusado, armados de iguales poderes, se torna una lucha desigual entre juez y acusado. El primero abandona su posición de árbitro y asume la activa del inquisidor, actuando desde el primer momento también como acusador, es decir, se confunden las actividades del juez y del acusador; por su parte, el acusado pierde la condición de verdadero sujeto procesal y se convierte en objeto de una dura persecución”.

⁷ JAUREGUI, Carlos, *Generalidades y peculiaridades del sistema penal inglés*, Depalma, Buenos Aires, 1990, p. 124.

nuestra administración de justicia. Puede afirmarse que el rasgo distintivo que define con nitidez, como opuestos, a los modelos acusatorio e inquisitivo, se encuentra en orden al juicio. Y la preponderancia de uno u otro modelo repercute sobre la manera de distribuir la importancia de las diferentes etapas dentro de los sistemas mixtos que, con frecuencia, no son verdaderamente tales, sino meras modificaciones o atenuaciones del inquisitivo.

Precisamente, la línea que dio sentido durante largos años a los proyectos modificatorios del enjuiciamiento latinoamericano, de nítida raíz inquisitiva, estuvieron centrados en modificaciones sobre la etapa del juicio, propiciándose que el mismo se convirtiese en el momento preponderante del desarrollo procesal y que se realizase de modo concentrado, de manifestación oral y pública y con intermediación probatoria. Y más aún: las posteriores reformas postuladas por la doctrina y recogidas legislativamente en torno a convertir la vieja instrucción formal en una investigación fiscal, acentuaron el carácter meramente preparatorio de esa etapa precedente, destacando por ende la importancia y trascendencia del juicio que, de modo indudable, es el punto central de todo el enjuiciamiento o, más aún, el verdadero enjuiciamiento.

Como se sabe, el viejo Código Federal de 1888 estructuró un proceso íntegramente escrito de neta preponderancia instructoria. El libro tercero disciplinaba lo que denominaba "el plenario", en el que luego de una breve etapa contradictoria introducida por la leyes posteriores de reforma, el fiscal y el acusador particular si lo hubiere, presentaban sus respectivas piezas acusatorias en la que individualizaban a los acusados, reseñaban los hechos, referían los elementos probatorios más importantes determinados en el anterior sumario, invocaban el derecho que estimaban aplicable con las consideraciones jurídicas del caso y concretaban la pretensión punitiva. De

estos escritos se corría traslado a la defensa para la correspondiente contestación que, en orden similar, respondía a las acusaciones y formulaba sus pedidos. De tal modo quedaba prácticamente agotado el debate, ya que la posterior apertura a prueba era meramente facultativa, toda vez que el juez unipersonal se expedía sobre las acreditaciones rendidas durante la instrucción. En los supuestos en los cuales se había llevado actividad probatoria durante el plenario, la legislación preveía la formulación de alegatos por las partes. La sentencia del juez unipersonal era susceptible de impugnación por la vía de la apelación, lo que por lo normal ocurría, dándose así paso a los procedimientos de segunda instancia ante las cámaras de apelaciones que repetían la evaluación de todo lo actuado.

En lo básico, el sistema fue seguido por los códigos provinciales. El de la Provincia de Buenos Aires de 1915, incorporó la posibilidad de un debate oral para los delitos de homicidio. Y en la Provincia de Santa Fe, a partir de las leyes 6740 y 8774, se disciplinó un procedimiento escrito que sigue los lineamientos generales del trámite oral, pero sin obligatoriedad de producción probatoria durante la etapa.

El cambio más significativo fue introducido por el Código Procesal Penal de Córdoba de 1939 (ley 3831) que, sobre la base del modelo italiano, estableció el juicio oral y público, concentrado, ante un tribunal colegiado integrado por tres jueces técnicos, cuyas decisiones sólo son susceptibles de impugnación por la vía extraordinaria de la casación. El sistema fue seguido por la casi totalidad de las restantes provincias argentinas (Santiago del Estero, 1941; San Luis, 1947; La Rioja, 1950; Jujuy, 1950; Mendoza, 1953; Camarca, 1959; Salta, 1961; San Juan, 1961; La Pampa, 1964, etc.) e influyó en diferentes países latinoamericanos, apareciendo finalmente consagrado en el Código Procesal Penal para la Justicia Federal (ley 23.984), todo lo cual permite tenerlo como el

imperante. De ahí, en consecuencia, que las consideraciones en orden a su desarrollo seguirán ese esquema legal. El digesto citado trata de la cuestión en su Libro III bajo la denominación de “juicio común” (para diferenciarlo de los procedimientos especiales), dividiendo la materia en lo atinente a los actos preliminares o preparatorios, audiencia de debate y sentencia.

3. Principios rectores y características del juicio

En primer lugar y conforme a lo ya expresado, en nuestro sistema constitucional rige el principio que Ferrajoli denomina como el de la *inderogabilidad del juicio*⁸ y cuyos orígenes garantistas se remontan a la Carta Magna inglesa, que aparece expresamente consagrado en el *Bill of rights* de 1689 y que se define como una de las garantías fundamentales dentro de todo el constitucionalismo liberal y en los instrumentos internacionales. Como se ha insistido a lo largo de toda esta obra, el Derecho Penal sustantivo y sus consecuencias punitivas, requieren necesariamente del tránsito procesal (garantía de judicialidad) y, de modo concreto, de la realización del juicio, entendido como contradictorio y como instancia de plena operatividad del ejercicio de la defensa.

No puede imponerse válidamente pena alguna sino como resolución de un *juicio previo*, condición indisponible e inmodificable y sujeta a condiciones estrictas que impiden la discrecionalidad aplicativa. Ello tanto respecto de la debida comprobación de los extremos fácticos de la imputación como en lo que atañe a los criterios aplicativos del Derecho vigente, lo que en el caso de la materia penal implica la consideración no sólo de las normas sustantivas específicas de que se trate, sino de los elementos constitutivos de la teoría del delito.

Igualmente, la esencia del juicio radica en su *contradic-*

⁸ FERRAJOLI, ob. cit., p. 561.

toriedad, es decir, en la debida y operativa oportunidad de que las partes hagan oír sus razones, controlen y aporten constancias, aleguen sobre las mismas y efectúen sus respectivas peticiones ante el órgano de decisión, el que deberá fallar conforme a los elementos obrantes. Por definición, es una instancia dialéctica, que se manifiesta de modo preponderante por la *actividad partiva*, lo que a su vez exige la neta diferenciación de los sujetos y de la posición de los órganos de la acusación respecto de la defensa y de todos éstos en relación al tribunal. De tal modo, surge nítida la relación procesal, generándose una vinculación horizontal e *igualitaria* entre las partes y de subordinación en cuanto a la dirección de la audiencia respecto del presidente del tribunal.

La validez del pronunciamiento que determine en el caso la aplicación del Derecho vigente no puede jamás surgir como un acto voluntarista o de decisión personal tomada por los juzgadores sobre la base de sus personales conocimientos y actividades, sino que debe surgir del enfrentamiento de las posiciones sustentadas por las partes; es en el juego de postulaciones y acreditaciones, de argumentaciones y refutaciones en el que se va determinando la *verdad judicial* que, como oportunamente estudiamos, se encuentra sujeta a reglas de determinación que implican un cierto tipo de conocimiento específico y de plausibilidad que, precisamente, encuentra en la contradictoriedad uno de sus requisitos esenciales. Porque la actividad de las partes se concreta a través de manifestaciones y propuestas de índole asertiva y negativa asentadas a través de las constancias legalmente determinadas y susceptibles de mutuo control y verificación, en el que la intervención partiva se convierte en condición necesaria y sobre cuyos resultados se expedirá el órgano jurisdiccional. Porque la verdad judicial necesita de la confrontación, lo que hace patente lo imprescindible de la diferenciación de fun-

ciones de los órganos de acusación y de defensa de los de decisión que, en modo alguno, pueden sustituirse o confundirse.

Así mismo, el juicio aparece dentro del desarrollo procesal como la *instancia definitiva*, tanto porque la misma fija de modo inexorable la definición de los supuestos fácticos de la imputación como porque tal definición sólo puede efectuarse, en principio, sobre la base de la prueba introducida en el debate. De tal modo, queda perfilado el carácter meramente preparatorio de toda la actividad precedente. Igualmente, se definirá allí el título jurídico de la atribución delictiva y de la consecuente pretensión punitiva la que, de no ejercerse por parte del órgano de acusación, derivará en la inexorable absolución del imputado, ya que el tribunal no puede condenar de oficio⁹.

Las precedentes características pueden ser aplicadas tanto al juicio escrito como al de trámite oral. Pero es obvio que el primero aparece como un anacronismo afortunadamente minoritario y prácticamente en vías de extinción, por lo que corresponde atender ahora al juicio con debate oral que no es sólo el legalmente vigente en la casi totalidad de las legislaciones, sino el aceptado sin discusión por el estado actual de la cultura jurídica que ha superado por completo la antigua controversia entre los partidarios del escriturismo y los de la oralidad.

De acuerdo con lo señalado, el juicio se define por la característica de un *trámite oral*, es decir, por las manifestaciones a viva voz de los sujetos intervinientes. Como se sabe, la expresión hablada es la manifestación humana por exce-

⁹ Como una de las tantas muestras de la perduración de nuestra cultura inquisitiva, el tema ha motivado notoria resistencia por parte de integrantes de la magistratura, que reivindican la facultad condenatoria al margen del ejercicio de la pretensión punitiva. Incluso persisten códigos, como el de Santa Fe, que expresamente norman a favor del otorgamiento de ese poder que, aparece así, como una muestra de arbitrariedad.

lencia y, sin duda, el modo normal de comunicación y una condición básica de la sociabilidad. Normalmente, nos relacionamos en nuestra vida cotidiana a través del habla y del lenguaje gestual que la acompaña, mediante el cual comunicamos y captamos ideas, informaciones y sentimientos.

Históricamente, la manifestación oral precede en todos los casos al escriturismo. Los procedimientos a través de registros surgen en un estadio tardío, de mayor evolución y de la pretensión de guardar la memoria de lo acontecido a través de los signos gráficos de la escritura. Pero por su misma formalidad y, especialmente, por la mediación que supone la distancia entre el acontecimiento registrado y el registro, hace que el primero se diluya en el segundo e importe más éste que aquél. De tal modo, la percepción y comprensión de los hechos se mediatiza y quien interviene, partes y juzgadores, no conocen de los hechos sino del registro de los mismos, importando por ende más el documento que el acontecimiento, el acta más que el acto. Así mismo, el procedimiento por registros implica necesariamente una discontinuidad y, en muchos casos, por la preponderancia de las formas, un ritualismo que conduce a estereotipos en los que la realidad viva de los acontecimientos y de las expresiones se traduce en fórmulas repetidas que resultan infieles a la verdad de lo registrado.

Por otra parte, la realización oral conlleva inmediatez y exige *presentismo* de todos los intervinientes, lo que implica la imposibilidad del fenómeno de delegación de funciones propia del sistema escrito, por lo que también debemos hablar de *indelegabilidad de funciones* respecto a todos los intervinientes. La audiencia debe ser constantemente presidida por el director del debate y ante la presencia de todos los juzgadores, ya fuere el tribunal técnico o los jurados, del imputado—salvo casos excepcionales—, de sus defensores y de los órganos de la acusación, como así también con la concurrencia per-

sonal de los eventuales testigos y peritos. Esto lleva a la nota de *inmediatez* de los participantes entre sí y de los juzgadores respecto de lo que acontece ante sus ojos y oídos, de todo lo cual tienen una percepción directa, intransferible e insustituible, lo que adquiere especial importancia respecto de la valoración de la prueba que se produce durante la audiencia y que deriva a que nadie distinto de quienes han estado a lo largo del debate pueda emitir la conclusión definitiva. Al respecto, bien observa D'Albora que la inmediación es consecuencia directa de la oralidad, ya que ésta hace posible el conocimiento directo de todo lo relevante por parte de los sujetos procesales entre sí y de éstos con la prueba rendida¹⁰.

Para que todo esto pueda concretarse, es necesaria la *concentración y continuidad* en oposición al fragmentarismo discontinuo de los procedimientos escritos. Por la misma necesidad de los requisitos de la percepción, no puede haber espacios temporales considerables entre los diversos actos producidos durante la audiencia, que debe concentrar dentro de plazos razonablemente breves todos los acontecimientos, lo que además redunda en el acortamiento de los procedimientos, contribuyéndose a superar el grave problema de la morosidad judicial.

De igual modo, las formas de expresión y de concreción hablada y la ausencia de registraciones documentadas, quita el excesivo formalismo que con frecuencia caracteriza a la administración de justicia, lo que no significa, ni mucho menos, quitar a los actos de una necesaria solemnidad.

Por último y sin que en modo alguno esto sea lo menos importante, el juicio es por definición *público*, tanto para los intervinientes —que tienen pleno conocimiento de todo lo que acontece— como para la población en general.

¹⁰ D'ALBORA, ob. cit., p. 453.

El tema puede ser analizado desde muchas perspectivas. En primer lugar, encontramos aquí otro de los tantos puntos de directa divergencia y oposición de los sistemas procesales, ya que el inquisitivo hacía del secreto su regla, mientras que el acusatorio, especialmente en sus formas más puras, se concretaba como verdaderas asambleas. Y tal opción tiene significados que van mucho más allá de lo meramente técnico. Porque el tránsito desde la plaza al palacio, desde la sombra del roble a las cortes, significó también un camino desde la propiedad del conflicto a la ajenidad del mismo; una idea de la autoridad como cuestión común, al ejercicio del poder como verticalidad bajada desde lo alto y anonadante. Y es obvio que tal poder necesita de la reserva, tanto por obvios motivos de efectividad, como porque entiende que no debe explicitar sus razones ni permitir que sobre las mismas pueda ejercerse control alguno. Hay aquí también una dialéctica entre saber y poder que, en el caso de lo jurídico, resulta paradigmática. En el proceso inquisitivo, todo es oculto. El poder sólo averigua y no da las razones de sus decisiones. El valor de las pruebas se ajusta a leyes estrictas. El inquisidor es el que sabe, tanto porque es el técnico, como el que ha averiguado. El posee la verdad y da sus conclusiones, pero su único fundamento es la autoridad de que está investido y sólo al superior da cuenta de sus motivos.

Este reino de actas y secretarios es lo más opuesto a la publicidad. El conocimiento no debe trasladarse a nadie ni, mucho menos, al común. Porque cuando la autoridad razona y explicita sus razones, ya eso se convierte en un terreno de lo cuestionable. A determinados argumentos pueden oponerse otros, el valor de una acreditación puede resultar cuestionable o inconvincente. La solidez del edificio se resquebraja.

Precisamente, uno de los elementos importantes en el largo proceso que llevó al derrumbe de las monarquías absolutas

y que aún hoy aparece como un firme revulsivo contra los autoritarismos, es el de la libertad de pensamiento y de expresión, de pública discusión, de formación de una opinión pública independiente y firme. Más aún: el propio nombre de “re pública”, de cosa pública, en el sentido de propiedad y participación de todos¹¹, es por completo aplicable a lo que consideramos. Porque el trascendente acto de gobierno que es el impartir justicia, especialmente en materia penal, no puede quedar entre sombras sino que requiere de la transparencia del control público.

En consecuencia, si bien puede admitirse y aun justificarse la reserva durante la etapa preparatoria, tanto por la necesidad investigativa como por la imagen de los involucrados, la realización del juicio no puede tener lugar válidamente sino de un modo público, controlable por todos.

Ahora bien, este carácter, que aparece como una derivación del principio republicano y como una condición de posibilidad de control y, por ende, de transparencia, presenta en la actualidad problemas peculiares. Porque es evidente que la publicidad dentro de la sociedad contemporánea no es la de otras configuraciones más simples y pequeñas, donde bastaba que las puertas de la sala de audiencia se encontrasen abiertas y el acceso fuese libre. En nuestros días, la publicidad surge y se concreta a través de los medios masivos de comunicación, especialmente los televisivos. En este aspecto, el periodismo, al cubrir casos de repercusión y más allá de algunos previsibles y conocidos excesos, cumple, sin lugar a dudas, una función de difusión que, a la vez, lo es de una suerte de vigilancia generalizada.

Sobre la base de todo lo dicho, podemos concluir en que el juicio es la etapa constitucionalmente necesaria e imprescindible

¹¹ “Públicas llamamos a aquellas organizaciones que, en contraposición a sociedades cerradas, son accesibles a todos” (HABERMAS, Jürgen, *Historia y crítica de la opinión pública*, trad. de A. Domenech, Gilli, México, 1986).

para la aplicación del Derecho Penal, de esencia contradictoria y partiva, concretada a través de audiencias concentradas y de necesaria participación de los intervinientes, de trámite oral, continuo y público en el que se producen las acreditaciones y las alegaciones pertinentes, sobre cuya base se expedirá el tribunal.

4. Los actos preliminares

Recibida la causa por el tribunal competente, nuestro Derecho organiza un período procesal preparatorio del definitivo que es el de la audiencia. El Código federal habla de “actos preliminares” que, en lo básico, son aquellos que tienden a verificar que se encuentren reunidos los extremos necesarios para el debate, citándose a las partes, colocando las actuaciones a su disposición y otorgando un plazo para el ofrecimiento de la prueba de que habrán de valerse.

Toda vez que, por la necesaria separación entre órganos de investigación y de juzgamiento, el tribunal de juicio es diferente del que dirigió la instrucción, el primer cuidado estará puesto en controlar que las actuaciones recibidas se encuentren completas, lo que en lo fundamental atañe a la requisitoria de elevación a juicio, según lo previsto en el artículo 247 del Código Procesal Penal de la Nación, lo que a su vez supone que se ha concretado la convocatoria a prestar declaración indagatoria, se ha dictado auto de procesamiento y se han realizado las diligencias probatorias necesarias, todo lo cual aparece como presupuestos procesales del juicio.

Ahora bien: cabe interrogarnos sobre qué sucedería si se notase que falta algún requisito esencial, tales como la realización de la convocatoria a indagatoria, procesamiento, requerimiento de juicio, decreto de elevación o auto del mismo, o bien se determina incompetencia. En todos estos supuestos se carecería de los presupuestos esenciales, por lo que no podría avanzarse en la etapa. Claro está que falencias

de tal naturaleza serían prácticamente inconcebibles y aparejarían la absoluta invalidez del procedimiento. Ante ellos, el Código de Córdoba (art. 361) al igual que el de Mendoza y de la mayoría del sistema, prevén la devolución de las actuaciones defectuosas al fiscal o al instructor, según corresponda.

Pero ante otro tipo de situaciones, tales como los de errores o deficiencias en la investigación, el principio de preclusión de la etapa y la consecuente pérdida de competencia del órgano instructor lleva a que opere la previsión legal conocida como *instrucción suplementaria*. Ella se encuentra prevista dentro del artículo 357, donde se establece que *antes del debate*, de oficio o a pedido de parte, *el presidente del tribunal podrá ordenar los actos de instrucción indispensables, ya fuere que se hubieren omitido o denegado durante la etapa instructoria o fueren de imposible realización durante la audiencia*. Señala D'Albora que el propósito de la misma estriba en *salvar las falencias instructorias*¹², pero es notorio que en todos estos aspectos se hace patente la progenie preponderantemente inquisitiva del Digesto, ya que tanto por la posibilidad de disposición de oficio —neta preponderancia del órgano jurisdiccional, siempre con facultades investigativas autónomas—, como por el hecho de que se apele a este tipo de actividades en desmedro de la audiencia (que sólo encontraría estricta justificación en los supuestos de imposibilidad física de introducir en la misma la diligencia de que se trate) evidencian el papel subalterno que, en realidad, tiene el debate respecto de la instrucción.

Otro aspecto que exige el debido control y que deriva del contenido de los presupuestos procesales ya indicados, es el relativo al mantenimiento de la atribución delictiva, es decir, del principio de congruencia; desde la inicial intimación de los hechos en la convocatoria a declarar, pasando por el pro-

¹² D'ALBORA, ob. cit., p. 467.

cesamiento, y culminando en la requisitoria por la que se abre el juicio, debe existir la necesaria coherencia, con estricta correlación fáctica y encuadre jurídico dentro de márgenes de razonabilidad aplicativa¹³. Porque no podemos olvidar que la requisitoria fiscal opera a todos los efectos como la pieza acusatoria idónea para promover el juicio, por lo que no sólo debe ajustarse a los resultados de la previa tarea investigativa, ya fuere la propia del Ministerio Público o la derivada de la instrucción formal, sino que también debe circunscribir con exactitud el ámbito de lo que se someterá a discusión —fáctica y jurídica— durante las audiencias de debate.

En los casos mayoritariamente habituales, verificada la regularidad del procedimiento instructorio, el presidente del tribunal dispondrá la *citación a juicio* (art. 354, C. P. P. N.) a fin de que las partes examinen las actuaciones y constancias, ofrezcan la prueba de que habrán de valerse y, si lo estimaren procedente, interpongan recusaciones.

En realidad, se trata del acto fundamental de *comparecer a juicio* que, tal cual está disciplinado en el Código federal, no presenta virtualidad alguna. Quienes han de intervenir en la etapa son, en representación del Ministerio Público, el fiscal de trámite oral, quien podrá requerir la colaboración del fiscal de instrucción, el imputado y sus defensores y, si los hubiere, querellante y partes civiles.

Es igualmente importante advertir que los códigos argentinos del sistema mixto siguen apegados al esquema inquisitivo, ya que esta instancia de preparación del debate, que debería constituir un auténtico momento de definición de la estrategia de las partes, queda absolutamente desdibujada, puesto que el ofrecimiento probatorio es simplemente voluntario y su omisión no acarrea consecuencia alguna, toda vez

¹³ ABALOS, Raúl Washington, *Derecho Procesal Penal*, Ediciones Jurídicas Cuyo, Santiago de Chile, 1994, t. III, p. 300.

que de hecho y derecho, es el tribunal, por la mano de su presidente quien, sobre la base de los registros instructorios, diseñará el esquema de la prueba a producir durante la audiencia.

En el Proyecto del Ejecutivo de 1986 y en los sistemas que siguieron tal desarrollo, la etapa intermedia, de admisión de la acusación y control de presupuestos, era la destinada a dilucidar todas las cuestiones preliminares en orden a la apertura del juicio: El artículo 283 del mencionado proyecto hablaba del “ofrecimiento de prueba”, fijando la oportunidad y condiciones del mismo. El artículo 362 del Código de Córdoba establece lo que correctamente ubica dentro del título de “responsabilidad probatoria”, confiriendo la carga de la misma al Ministerio Público y estableciendo así un claro apartamiento de los antecedentes inquisitivos obrantes sobre el digesto nacional.

De todos modos y al margen de discusiones posibles, puede coincidirse en que la instancia preliminar tiene por objeto:

- a) Recibir el proceso, darle curso y verificar el cumplimiento de los requisitos procesales, controlando el correcto cumplimiento de los mismos durante las etapas previas.
- b) Anoticiar y convocar a las partes con facultades de interponer las recusaciones y excepciones que estimen procedentes (y que no se hubieran planteado con anterioridad).
- c) Dar a éstas debida oportunidad de examinar las actuaciones y los elementos probatorios reunidos, a los efectos del conocimiento del caso y de la formulación de sus estrategias.
- d) Así mismo, durante este período y por un término común, las partes pueden formular sus respectivos ofrecimientos de prueba.

5. La prueba en el juicio

Este punto aparece como una delicada cuestión que exige consideraciones particulares, ya que nos encontramos ante una de aquellas zonas que revelan la verdad del sistema. Ya se ha señalado que en los códigos inquisitivos, una de las características fundamentales es la de que el órgano jurisdiccional decide en definitiva sobre la base de la prueba instructoria. Las modificaciones inherentes al sistema mixto significaron una aproximación al modelo acusatorio, en tanto y en cuanto se proclamó que las constancias instructorias sirven de base solamente para la acusación realizada en la requisitoria de elevación a juicio y que es durante la audiencia de debate donde habrá de producirse, examinarse y valorarse la acreditación necesaria para el pronunciamiento.

Sin embargo, lo dicho no pasa de ser una declaración retórica, ya que a poco que se atiende a las disposiciones legales que regulan el tema se advertirá que en la realidad los elementos de decisión siguen estructurados según el diseño instructorio, que el mismo condiciona estrictamente el desarrollo del juicio, que las facultades partivas son limitadas y amplias las del tribunal, y que el sistema de registros sigue predominando sobre la dinámica oral.

Como se señaló en el punto anterior, durante la instancia preliminar las partes se encuentran facultadas para el examen de las actuaciones y para formular sus respectivos ofrecimientos de prueba; pero tal ofrecimiento es puramente facultativo; no aparece como carga y su omisión no acarrea consecuencia alguna, ya que en realidad es el tribunal el que determinará lo conducente a este importante aspecto. En esta cuestión se evidencian las severas fallas que han distorsionado el sentido profundo de las reformas que condujeron a la adopción del método oral, al extremo de que puede hablarse —y en muchos casos con una contundencia notoria— de un “inquisitivo oral”, tanto por la iniciativa pro-

batoria como por las facultades del tribunal en el examen de las acreditaciones; respecto de lo primero, se ha correctamente caracterizado como uno de los elementos definatorios del sistema inquisitivo lo que atañe a las iniciativas de los órganos jurisdiccionales en lo que refiere a la prueba¹⁴. Es desde todo punto de vista probable que la profunda desconfianza advertible dentro de las regulaciones y, especialmente, de las prácticas judiciales del ámbito latinoamericano hacia la idoneidad y eficacia de la actividad partiva en cuanto a la introducción de elementos relevantes no sólo de la acusación sino hasta de la misma defensa, descansa en las raíces de una firme cultura inquisitiva y en la consecuente sobrevaloración del juez que, por el simple hecho de serlo y de estar investido de la designación como tal, se lo aureola de una suerte de poderes sacramentales que lo convierten en garantía de ecuanimidad y que, en modo alguno, se otorgan a los fiscales y a los abogados defensores, aunque esas mismas personas ocupen alternativamente esos cargos. Del mismo modo, lo señalado surge con claridad de los diseños legales que por regla confían al juez de instrucción y al mismo tribunal de juicio un papel activo, sobrepuesto netamente al de las partes, ubicadas siempre en roles secundarios. La iniciativa probatoria de oficio a cargo de los órganos jurisdiccionales define al sistema como fundamentalmente inquisitivo, desdibujando de hecho la importancia del juicio tantas veces proclamada¹⁵.

En el sistema imperante, sobre la base de las constancias instructorias, se efectúa una *selección del material probatorio*. La misma corresponde de modo principal al presidente del tribunal y secundariamente a las partes y se orienta a

¹⁴ FERRAJOLI, ob. cit., p. 563.

¹⁵ FERRAJOLI, ob. cit., p. 564: "...llamaré inquisitivo a todo sistema procesal donde el juez procede de oficio a la búsqueda, recolección y valoración de las pruebas, llegándose al juicio después de una instrucción escrita y secreta, de la que están excluidos o, en cualquier caso, limitados la contradicción y derechos de la defensa".

introducir en el juicio aquellos aspectos de mayor importancia, evitándose una repetición de lo ya efectuado (art. 356, C. P. P. N.).

En el supuesto de que las partes ofrezcan prueba, su admisión es obligatoria para el tribunal, salvo los casos de notoria superabundancia o carencia de pertinencia. Fiscalía y defensa presentarán aquella de que pretenden valerse, pero en general y en lo básico tomarán como guía lo previamente determinado en la etapa instructoria¹⁶.

El artículo 355 del Digesto nacional establece que las partes al ofrecer prueba detallarán la lista de testigos y peritos de que habrán de valerse, aportando los datos pertinentes. En el supuesto de que se trate de sujetos que no hayan anteriormente declarado, “deberá expresarse bajo pena de inadmisibilidad, los hechos sobre los cuales serán examinados”. Como se advierte, del propio texto legal surge claro que la línea directriz está dada por lo acumulado en la instrucción, lo que se acentúa dentro del mismo precepto que, en su segundo párrafo, establece que las partes “podrán manifestar que se conforman con la lectura...” de las anteriores declaraciones, lo que de hecho implica una completa desnaturalización del principio de inmediación y de la relevancia del juicio como la instancia de necesario examen y contralor de las constancias acreditantes pertinentes a la decisión.

En consecuencia, a la luz de esta sistemática, que proviene del anterior Código de Córdoba y que se remonta a las ideas expuestas en su momento por Manzini, tenemos que:

¹⁶ DONNA, Edgardo A. y MAIZA, María C., *Código Procesal Penal de la Nación*, Astrea, Buenos Aires, 1994, p. 408: “Se nota pues que en este procedimiento el eje por donde pasa la discusión es la instrucción. Las facultades de dirección que el tribunal de juicio ejerce son casi discrecionales, a punto tal, que si la casación no sienta una jurisprudencia adecuada sobre el tema, se corre el riesgo de que el debate se convierta en una mera repetición de lo sucedido en la etapa instructoria, y con ello, la idea del contradictorio entra en crisis, con el problema supletorio de la falta de garantías procesales al no quedar constancia escrita”.

- a) La base probatoria sigue asentada sobre la instrucción escrita, efectuada de modo discrecional por el juez de instrucción y sin control partivo.
- b) En la instancia preliminar al debate, se efectúa una selección probatoria que, de hecho, marca la completa preponderancia del tribunal, que elige aquellas que entiende como de mayor relevancia y que, obviamente, implican optar por una línea de confirmación. En lo que respecta a las partes, en lo básico siguen ligadas a lo ya determinado, siendo su principal facultad proponer un nuevo examen de lo ya realizado, apareciendo como limitada la facultad de acudir a nuevos elementos, los que deberán detallarse previamente.
- c) El digesto prevé de modo expreso la incorporación por simple lectura de las constancias, lo que sumado a lo anterior demuestra a las claras que sigue predominando el sistema de registros por sobre una oralidad desnaturalizada y, por cierto, distante de los verdaderos principios acusatorios.
- d) Del mismo modo y ya en la audiencia del debate, los integrantes del tribunal pueden examinar a los declarantes, lo que no sería objetable si tal facultad se ejerciese luego de que las partes han realizado sus exámenes, comenzando por quien los propuso.
- e) Si durante el transcurso del debate, se tuviese conocimiento de nuevos elementos probatorios fundamentales, el tribunal podrá –aun de oficio– realizar la incorporación.

A contrario de lo que hasta ahora hemos señalado, en un proceso acusatorio, en el que la fiscalía ha sido la que llevó a cabo la investigación, resulta evidente que ese material probatorio será el que indicará como tal y que introducirá en el debate para sostener su demanda de justicia. De tal modo, por la propia mecánica del procedimiento como por el

pleno ejercicio de su responsabilidad respecto de la carga probatoria en acreditación de la autoría culpable atribuida, deberá desplegar la actividad a ello conducente. Y para el fortalecimiento del contradictorio, del escrito pertinente se correrá traslado a la defensa para que, a su vez, verifique la prueba de la acusación y ofrezca la que estime conducente a su posición, como surge de lo normado en el artículo 271 del proyecto santafesino. Del mismo modo, toda cuestión relativa al anticipo de prueba deberá ser presentada por las partes, definiéndose con claridad la actividad de las mismas y la ubicación mayormente pasiva del órgano jurisdiccional, como así mismo la necesidad de que toda constancia sobre la que se fundamente la decisión debe ser plenamente introducida y controlada en el debate.

6. La audiencia de debate

Es evidente que éste es el momento fundamental no sólo de la etapa del juicio sino de todos los procedimientos penales. Tanto la actividad preparatoria como la instancia preliminar confluyen hacia esta audiencia en la que se definirá la causa y que los instrumentos internacionales (Convención Americana, art. 8º; Pacto Internacional, art. 14) exigen como requisito imprescindible para todo válido pronunciamiento punitivo. Dado que ya se han analizado las características del juicio (punto 4), ahora atenderemos a lo que surge de la legislación vigente.

A) Características

Los códigos del sistema proclaman que el debate será oral y público bajo sanción de nulidad. Ya hemos hecho referencia a la significación e importancia de la publicidad, la que podrá ser restringida excepcionalmente ante situaciones de las que puedan derivarse afectaciones de índole general. Igualmente existen limitaciones legales al acceso del público (menores

de 18 años, condenados y procesados, dementes y ebrios; o por razones de orden, todo según el art. 364, C. P. P. N.), las cuales deben ser interpretadas de modo restrictivo, ya que la publicidad no es una concesión que el juzgador hace graciosamente a la sociedad, sino una obligación inherente a la función pública que desempeña.

El principio de concentración y continuidad aparece consagrado en el artículo 365, que así mismo prevé supuestos de excepción en los que, por motivos graves que se enumeran a través de siete incisos, sea necesario realizar diligencias probatorias o instrucción suplementaria, resolver cuestiones incidentales, esperar la comparecencia de algún testigo o perito indispensable o sobrevengan situaciones de enfermedad en los sujetos esenciales.

De todas maneras, el Código es claro al pretender instrumentar la concentración del debate, el que deberá realizarse dentro de lo posible de manera continua, sin otras interrupciones que las indispensables y sin que pueda alternarse con el tratamiento de otras causas, manteniéndose la identidad presencial de los intervinientes, lo que asegura la inmediatez respecto de todo lo acontecido a lo largo de la audiencia. Es evidente que lo señalado significa un notorio avance hacia la superación de las resoluciones burocráticas de los casos, toda vez que el método impide no sólo el fenómeno de la delegación de funciones propias del proceso escrito, sino que exige que se centre la atención en un solo caso por vez, ventilado de manera continua y concentrada en el debate.

Y tal debate se articula en plenitud como una orgánica relación jurídico-procesal, donde acusación y defensa y, en su caso, partes eventuales, se sitúan igualitariamente frente al tribunal, a través de un desarrollo pautado en el que se examina la prueba y se formulan las alegaciones. De ahí que la presencia del imputado, libre en su persona, sea obligatoria,

aunque puede manifestar su voluntad de no estar presente, en cuyo caso puede permanecer en habitación próxima. También es una carga procesal, cuyo incumplimiento genera sanciones disciplinarias, la asistencia del fiscal y del defensor, sin cuya intervención, obviamente, no puede realizarse la audiencia.

B) *Desarrollo*

El desarrollo de dicha audiencia será dirigida por el juez que actúa como presidente, quien comprobará la presencia de todos los intervinientes. En primer lugar advertirá al imputado que esté atento hacia todo lo que acontezca, procediendo a continuación a disponer por secretaría la lectura de la requisitoria fiscal o del auto de elevación a juicio, declarando luego abierto el debate.

El Digesto nacional y la mayoría de los digestos similares no incluyen en ese momento inicial la intervención de la defensa, pero es evidente que resultaría conveniente iniciar el acto con una sucinta exposición de acusación y defensa que establezcan sus respectivas posiciones y el sentido de su línea probatoria y argumentativa, definiendo así el curso de lo que habrá de analizarse. Ello es lo que se encuentra establecido en el último párrafo del artículo 282 del proyecto santafesino que manda que el presidente del tribunal “concederá la palabra sucesivamente y por el tiempo que le fije, al fiscal y al defensor para que sinteticen la acusación y la línea de defensa respectivamente”.

En la legislación vigente y no habiéndose suscitado cuestiones preliminares¹⁷, el desarrollo de la audiencia continúa con la declaración del imputado, resultando aplicable todo lo

¹⁷ Las relativas a las nulidades producidas en el período preliminar del juicio (art. 170, inc. 2º) y las atinentes a la constitución del tribunal, competencia, unión o separación de juicios y cuestiones referentes a la prueba ofrecida. Se trata en todos los casos de problemas de naturaleza procesal, que deben analizarse y resolverse antes del debate de fondo.

anteriormente estudiado respecto a las garantías que rodean el acto de la indagatoria. Obviamente, ello implica no sólo que la invitación a declarar debe hacerse como un requisito fundamental cuya omisión apareja nulidad, y que el imputado puede o no declarar, sino también que puede solicitar la palabra para formular preguntas o aclaraciones con posterioridad, a lo largo de todo el debate, como surge del artículo 378 del Código nacional, pudiendo, igualmente, ser interrogado por las partes o por los miembros del tribunal.

Ahora bien: el predominio instructorio también se advierte en este punto, toda vez que el precepto arriba mencionado establece que si de la declaración prestada en el juicio surgen contradicciones respecto de la obrante en la instrucción o bien si se abstiene, el presidente dispondrá la lectura del acta en la que consta la anterior, lo que implica, de hecho, dar mayor importancia e introducir a los efectos valorativos un acto instructorio.

Es importante señalar que en nuestra legislación, a diferencia de otras que aislan al imputado durante el juicio, éste permanece continuamente ubicado al lado de su defensor, con quien puede en todo momento –salvo en el de prestar declaración– intercambiar ideas y observaciones (art. 380).

Finalizada la indagatoria, se procederá a la recepción de la prueba, destinada a la incorporación, dentro de la dinámica de la audiencia, al control respectivo de las partes y a la apreciación del tribunal. El orden en el que los diversos elementos se introducen no es taxativo, pudiéndo serlo variar de acuerdo con las circunstancias del caso, pero por lo general se comienza con los análisis, dictámenes y declaraciones periciales, pasándose luego al examen de los testigos y de las demás constancias pertinentes, con especial mención de lo que se entiende como “elementos de convicción”, que deben ser presentados a las partes. Por lectura se introducirán las constancias instructorias relevantes, tales como el acta de

denuncia y documentos agregados, actas de reconstrucciones del hecho, registros domiciliarios, secuestros y requisas. Del mismo modo, el tribunal puede resolver llevar a cabo inspecciones judiciales, de lo cual se labrará un acta.

En la eventualidad de surgimiento de nuevas pruebas que se estimen pertinentes y relevantes, se dispondrá, a petición de parte o de oficio, su producción.

C) Alegatos y conclusiones. La pretensión fiscal

Finalizada la recepción de la prueba, el desarrollo del juicio tiende hacia su momento culminante, en el cual las partes realizan el análisis de fondo y forma, de hecho y derecho, del caso en análisis. En estas exposiciones confluye toda la anterior actividad. El fiscal de juicio, que puede ser asistido por el fiscal que actuó durante la etapa instructoria, el querellante particular y las partes civiles, si intervienen, y el defensor exponen sus respectivas posiciones y concretan las peticiones encaminadas a la decisión del órgano jurisdiccional.

El artículo 393 del Código Procesal Penal de la Nación establece el orden de exposición. En primer término, el presidente del tribunal concederá la palabra al actor civil, y luego al querellante, a la fiscalía y a la defensa. Dado el principio de oralidad, no pueden leerse memoriales, aunque sí consultar notas o realizar citas. Las intervenciones son discrecionalmente dispuestas por sus autores, pero el presidente puede hacer, "prudencialmente", indicaciones tendentes a evitar dilaciones excesivas o divagaciones, pero claro está siempre respetando los criterios de los expositores y no impidiendo o condicionando su desarrollo.

Un punto importante que ha sido centro de discusiones y de propuestas de soluciones diversas, es el relativo a la concreción de la *pretensión punitiva* formulada por la fiscalía. Como es sabido, el titular de la acción pública concreta actos

promotivos que impulsan el desarrollo de la causa, tales como la requisitoria de instrucción y, luego de finalizada la misma, la de elevación a juicio. Y realizado éste, al fin del debate y sobre la base de lo allí acontecido, expresa sus conclusiones que pueden tener un contenido positivo en orden a la aplicación de una sanción punitiva o bien desincriminante con pedido de absolución. De lo que se trata es de establecer si el contenido de dichas conclusiones resulta vinculante para el órgano jurisdiccional o bien el decisorio es independiente de la petición.

El problema no se presenta en aquellos códigos que hacen coincidir los actos promovedores del juicio con la concreción de la pretensión punitiva, ya que allí el acto acusatorio se integra en plenitud y la respuesta defensiva atenderá a contestar los argumentos fácticos y jurídicos esgrimidos por la parte actora en favor de su posición condenatoria. Más aún: dentro de tal supuesto podría operar la separación de la audiencia, también conocida como “cesura del juicio”, en dos interlocutorios, el primero respecto de la determinación de la definición del hecho delictivo y de la autoría culpable, y el segundo, dada la anterior definición del reproche penal, referido al merecimiento de pena y fijación de la misma.

Pero en aquellos diseños procedimentales dentro de los que la instancia de apertura del contradictorio no incluye la determinación de pretensión punitiva, limitándose a la individualización del imputado, la descripción de los hechos, la alusión a las probanzas instructorias y el encuadre legal sustantivo, se presenta el problema relativo a la incidencia sobre la decisión de la petición final. Y dado que ha sido pacífica y permanente doctrina de la Corte la de que en materia criminal la garantía del debido proceso significa el cumplimiento de “las formas sustanciales relativas a la acusación, defensa y prueba” (*Fallos*: 125:10; 127:36; 189:34; 308:1557, etc.), se trata de determinar cuándo puede hablarse de “acusación”.

Para D'Albora, "el fiscal del Tribunal Oral puede concluir propiciando la absolución del sometido a proceso, sin que ello obste a que la sentencia resulte condenatoria pues la acusación se formuló —incompleta por no propiciar sanción penal— con el requerimiento de elevación a juicio"¹⁸. Esta opinión, sustentada por diversos tribunales, apunta a que el fiscal no puede truncar el juicio por un pedido de sobreseimiento que, de hecho, significa el retiro de la acusación y que, de tal manera, le otorga un poder de decisión respecto del caso sometido.

En este orden de ideas legisla el artículo 397 del Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe al establecer que "...la pretensión absolutoria del Fiscal en esta oportunidad, como así la omisión en el tratamiento de hechos por los cuales formuló requisitoria, no obstará a la prosecución y decisión del juicio sobre la base de dicha requisitoria".

La Corte Nacional resolvió en sentido contrario. En el caso "Terifeño, Francisco", fallado el 29 de diciembre de 1989 (L. L. del 22-3-95), ante una situación de condena dictada a pesar de que la fiscalía solicitó la absolución, expresó que el tema considerado en autos "pone al descubierto una transgresión a las garantías constitucionales de la defensa en juicio y el debido proceso..." de una entidad tal que habilita la competencia de la Corte; en esa inteligencia, se entiende que corresponde al máximo tribunal entender en aquellos casos en que se advierten nulidades absolutas y que ha sido doctrina permanente del mismo "que en materia criminal la garantía consagrada por el artículo 18 de la Constitución Nacional exige la observancia de las formas sustanciales del juicio relativas a la acusación, defensa, prueba y sentencia dictadas por los jueces naturales..." y que, en el caso, no han sido respetadas tales formas en la medida en que se ha dictado sentencia condenatoria sin que mediase acusación", ya que

¹⁸ D'ALBORA, ob. cit., p. 506.

durante el debate la fiscalía solicitó la libre absolución y pese a ello se emitió la sentencia condenatoria, por lo que corresponde declarar su nulidad.

Como se advierte, los fundamentos del fallo son asaz limitados y nada avanzan respecto de la fórmula ritual tantas veces repetida y cuyos contenidos no han sido debidamente explicitados. Sin embargo, y maguer esa pobreza argumentativa, lo decidido resulta correcto. Porque es evidente que dentro de la mecánica acusatoria el protagonismo corresponde a las partes y si bien el Código nacional otorga al tribunal excesivas facultades en orden a la producción probatoria, ello no significa en manera alguna confundir los poderes de acción y de decisión. En tal sentido, es preciso recordar lo señalado respecto a la distinción conceptual entre potestad punitiva, pretensión y acción penal (supra, t. I, Cap. IX) y lo relativo al desarrollo de la acción (supra, t. I, Cap. X), donde se destacó el carácter esencialmente promovedor del instituto y la necesaria diferencia entre ese dinamismo de instancias y el contenido —pretensión— que puede ser de índole positiva (requerimiento de instrucción, requerimiento de juicio y solicitud de condena) o negativo (pedido de desestimación, o de archivo o de sobreseimiento o de absolución). En consecuencia, sólo puede haber instrucción o investigación si así lo requiere la fiscalía y sólo puede iniciarse el juicio a través del pertinente requerimiento y sólo puede condenarse si se concreta, en las conclusiones, la pretensión punitiva (ver supra, t. I, Cap. IX, ps. 309/311). Hablar de pretensión implica distinguirla de potestad y ello significa que uno es el órgano que solicita y otro el que otorga o deniega, diferenciando con nitidez la función requirente de la decisoria; ésta no puede concretarse sin aquélla, por imperio de la necesaria diferenciación de poderes.

El fiscal, que ha requerido el juicio, luego de la realiza-

ción del mismo, que implica la producción, control y valoración del material acreditante y la ponderación de las recíprocas argumentaciones, tiene la opción de formular su pedido de condena o bien, por lo acontecido en el debate, solicitar la absolución. Este pedido limita las facultades decisorias que, obviamente, no pueden ir más allá de lo que la parte pide, como notoriamente ocurre dentro de los procedimientos civiles.

En sentido contrario a esta opinión se expidió el voto mayoritario del Tribunal Nacional de Casación, sala 1ª, en fallo del 14 de abril de 1994 (E. D. 159-81)¹⁹ donde se sostuvo que no hay inobservancia de las normas reguladoras del debido proceso al condenarse al imputado pese a la petición absolutoria del representante del Ministerio Público. Allí se entendió que, a todos los efectos, la acusación es el requerimiento de elevación a juicio, sin que los alegatos puedan considerarse como un complemento de aquélla. En tal inteligencia, la requisitoria es valorada como el sustento fáctico y jurídico suficiente para habilitar al tribunal a decidir sobre la imposición de pena, sin que adquiera relevancia vinculante la posterior postura absolutoria de la fiscalía.

Me parece claro que esta posición incurre en gruesas confusiones, no siendo la menor la que implica un claro apartamiento de las palabras de la ley, ya que el artículo 393 del Código Procesal dice textualmente que se concederá la palabra a las partes para que “aleguen [...] y formulen sus *acusaciones* y defensas” (la cursiva me pertenece). Obviamente, al hablarse de “acusaciones” se está empleando el término técnico con su significado estricto, lo que no se hace en el caso del artículo 347 y demás disposiciones concordantes. Pero lo más grave en la referida postura (modificada posterior-

¹⁹ Al respecto, ver la interesante nota al fallo de GONZALEZ, Nemesio, *¿Puede condenarse a un procesado a quien la parte acusadora le pidió la absolución?*, en E. D. 159-81, Buenos Aires, 1994.

mente por otros fallos de la Suprema Corte, entre los que cabe mencionar “García”, del 22-12-94; “Cattonar”, del 13-6-95; “Bensadón”, del 10-8-95; “Montero”, del 15-10-95 y “Ferreira”, del 10-10-95 que mantienen, sin variantes significativas, la doctrina de “Tarifeño”) es que se tiende a desnaturalizar tanto el sentido contradictorio del juicio como el protagonismo de las partes, otorgándose inquisitivamente al tribunal un poder decisorio más allá de las peticiones acusatorias. Igualmente, la antedicha posición es lesiva al derecho de defensa, toda vez que al no existir una tesis condenatoria, el defensor no sabe a qué argumentos responder, encontrándose ante una posibilidad de condena totalmente aleatoria e indeterminada, lo que, así mismo, viola –como ya se dijo– las reglas mínimas de la contradictoriedad.

Desde el punto de vista procesal y más allá de lo que podemos entender como una deficiencia en la estructura dispuesta, a la acusación fiscal contenida en la requisitoria de juicio, le cabe el papel de valorar positivamente que en el caso hay elementos suficientes para requerir el debate en torno a un hecho y a una persona definida y en relación a determinadas normas sustantivas. Pero, precisamente, el sentido de la realización del debate –y esa es la inteligencia del diseño– es la plena determinación clara y certera de si lo que justificó la instrucción y el juicio tiene entidad suficiente para sostenerse y, en su caso, para dar lugar a una pretensión condenatoria. Porque, precisamente, del público debate, en la inmediación probatoria, del control y análisis de las constancias, surgen los elementos de ponderación para pedir o no la aplicación de la sanción, lo que ocurre –como no puede ser de otra manera– al final del debate²⁰.

De tal forma, el principio de congruencia que debe imperar

²⁰ Desde el punto de vista constitucional, estas ideas son expuestas por BIDART CAMPOS, Germán, *La acusación en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación*, en E. D. 159-86, Buenos Aires, 1994.

desde la intimación del hecho al imputado, pasando por el procesamiento y la requisitoria y culminando con las conclusiones, abarcativo de la estricta delimitación del objeto procesal, lleva a que en el debate se examinen adecuadamente los extremos fácticos y jurídicos de la atribución y se determine si hay mérito para establecer la responsabilidad penal, conforme a los criterios de la dogmática jurídico-penal, haciéndose en tal sentido el concreto pedido de la parte actora, sin cuya formulación el tribunal no puede válidamente expedirse, ya que implicaría actuar y resolver de oficio, agravando el debido proceso.

7. Juicios especiales

Lo anteriormente analizado refiere, de modo general, a lo que podemos considerar como *procedimiento ordinario*. Por lo común los códigos disciplinan, en ocasiones, procedimientos diferentes al ordinario, motivados por distintas circunstancias tales como la importancia de las infracciones (por lo general tomando en cuenta las penas abstractamente conminadas), sus características, los sujetos imputados o la titularidad respecto al ejercicio de la acción.

Al igual que lo que acontece dentro de la regulación procesal civil, que disciplina un proceso ordinario y otros especiales, el rito penal contempla supuestos dentro de los cuales el curso de las causas sigue caminos que muestran diferencias con respecto a la estructura básica. Las razones que explican esta diferenciación derivan por lo común de criterios políticos en torno a la organización del servicio de justicia y también están motivados en el apego a determinadas tradiciones, aunque a veces se inclinan hacia la incorporación de algunos aspectos renovadores.

Por lo común el tema es considerado dentro de los tratados de la materia de una manera escueta, sin mayores ahondamientos. Incluso puede pensarse que no se advierte una preo-

cupación por dilucidar adecuadamente el interrogante sobre la conveniencia de este tipo de diferenciación²¹, que por lo común sólo encuentra relativas justificaciones prácticas. En tal sentido, puede advertirse una idea que, de modo preponderante, pareciera dirigirse hacia métodos más simples y breves cuando la naturaleza de las causas así lo posibilitan, aunque no siempre tal objetivo aparece conseguido en las regulaciones vigentes que, por otro lado, ofrecen también motivos para fundados reparos.

A) *Juicio correccional*

El catálogo delictivo establecido en el Código Penal argentino no registra una división de las infracciones, como las existentes en otras legislaciones en orden a los denominados “crímenes”, “delitos” y “contravenciones” o “felonías” e infracciones de menor gravedad. En nuestro sistema sólo existen “delitos”, cuya represión se encuentra establecida en la legislación nacional, y “contravenciones o faltas”, de competencia provincial. Sin embargo ha sido práctica corriente establecer una diversidad en los métodos de juzgamiento de acuerdo con la gravedad de las penas, reservándose a la denominada “justicia correccional” lo relativo a infracciones punibles conminadas con un máximo de hasta tres años de prisión.

Algunos códigos modifican algunos de los aspectos instructorios, simplificándolos o aun directamente eliminándolos (citación directa), pero en general las variaciones se advierten dentro de la etapa del juicio, el que no se tramita ante un tribunal múltiple sino ante un juez unipersonal. Sobre este particular, es de dudosa constitucionalidad la regulación que,

²¹ Años atrás se advirtió con acierto que: “Los libros sobre los procedimientos especiales son los más infortunados de los códigos procesales, ya que a ellos el legislador, tal vez apresurado por dar fin a su tarea, llevó sin demasiada meditación, todo aquello que no se ha sabido depositar en otros lugares del texto” (ALCALA ZAMORA Y CASTILLO y LEVENE, *Derecho Procesal Penal* cit., t. III, p. 325.

como en el caso del Código Federal, otorga la actividad instructoria y decisoria a un mismo juez, ya que aparece como elemental exigencia racional la necesaria división de las funciones investigativas y jurisdiccionales.

B) *Procedimiento por delitos de acción de ejercicio privado*

Se trata de un procedimiento especial en sentido estricto, derivado de la pertenencia de la acción al particular ofendido (art. 73, Cód. Pen.) lo que deriva en la ausencia de una etapa instructoria o preparatoria, la carencia de intervención fiscal y la necesidad de una instancia conciliatoria previa al desarrollo del contradictorio²².

Por lo general, los códigos establecen que el trámite se realiza ante los juzgados con competencia correccional, siendo la promoción y desarrollo de carácter disponible. No puede acumularse a causas de delitos de acción pública y se inicia a través del escrito de querrela (querellante exclusivo), que deberá contener los requisitos que enumera el artículo 418 del Código Procesal Penal de la Nación y el que una vez formalmente admitido, incoa un procedimiento cuya primera manifestación es la convocatoria a las partes a una audiencia de conciliación (arts. 424 y 425 ídem). No lográndose el advenimiento de las mismas, se las citará a juicio, el que sigue las disposiciones comunes.

C) *Procedimientos abreviados*

Se han propuesto diferentes soluciones tendentes a reducir los trámites procesales ante situaciones derivadas de las particularidades del hecho y de las constancias del mismo. Pareciera razonable que, ante casos de especial y notoria acreditación (flagrancia, libre confesión, registros televisivos o de otra índole tecnológica que reproduzcan fielmente lo aconte-

²² He tratado sobre el tema en: VAZQUEZ ROSSI, Jorge, *La protección jurídica del honor*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, Caps. XVII y ss.

cido) las habituales solemnidades probatorias y aun la misma discusión carecerían de sentido. Sobre la base de amplios antecedentes del Derecho Comparado, por la necesidad real de abreviar y simplificar procedimientos, de descargar a los tribunales de juicio de tareas excesivas y con frecuencia injustificadas y avanzándose hacia la relevancia de acuerdos entre las partes esenciales, se ha propuesto este mecanismo que, para muchos, aparece como una solución apropiada a múltiples problemas.

Dentro del Derecho norteamericano, el instituto opera dentro de la idea de que el juicio, como debate, es un derecho del imputado quien, al declararse culpable, puede renunciar a ser juzgado por un jurado imparcial, aceptando la pretensión punitiva del fiscal. De hecho, un gran número de casos se resuelven de esta manera. Así mismo, existen reglas expresas en el sentido de garantizar la negociación entre acusación y defensa, sin intromisión judicial. Pero el juez debe verificar que en el caso no haya habido coerción, que el imputado comprenda los hechos y las consecuencias de su aceptación de culpabilidad, que la plataforma fáctica se encuentre suficientemente acreditada y que se cuente con la debida asistencia técnica.

En nuestro Derecho, los antecedentes más importantes tenían exclusiva relación con el enjuiciamiento de delitos leves, debiendo al respecto mencionarse el proyecto elaborado por el doctor Maier. Igualmente, disposiciones de códigos provinciales que preveían simplificaciones del juicio ante situaciones de flagrancia o de admisión de la autoría del hecho, lo que implicaba la omisión del debate.

El Código de la Provincia de Córdoba legisla sobre el *juicio abreviado* en su artículo 415 disponiendo que ante la libre y circunstanciada confesión del imputado, podrá omitirse, con acuerdo de todos los intervinientes, la recepción de la prueba confirmatoria. En el segundo párrafo, el precepto citado dis-

pone que en ese supuesto “la sentencia se fundará en las pruebas recogidas en la investigación penal preparatoria y no se podrá imponer al imputado una sanción más grave que la pedida por el fiscal”.

La norma guarda similitud con lo que se disponía en el Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional bajo la denominación de “procedimiento monitorio”, y que se regulaba en el artículo 371. Allí se normaba que si la solicitud fiscal de apertura de juicio se hacía con una pretensión punitiva de pena no superior a un año, con anuencia del imputado, podía el tribunal expedirse sobre la base de la prueba derivada del procedimiento preparatorio, sin superarse en ningún caso la pena solicitada por el fiscal.

El proyecto santafesino avanzaba sobre estos antecedentes y regulaba un *procedimiento abreviado* (arts. 305 y ss.) que podía plantearse por acuerdo de partes “en cualquier momento de la investigación fiscal preparatoria” en escrito dirigido al Tribunal de Investigación Preparatoria y en el que se expresaría el hecho motivo de la acusación, la calificación legal, la pena solicitada y la conformidad del imputado y de su defensor. Declarada admisible la presentación, la causa se remitirá sin más trámite al tribunal de juicio, el que convocará a las partes a la audiencia pública; comenzada la misma, se procederá a recibir declaración al imputado y si éste confesara circunstanciadamente su participación en el hecho atribuido, se le leerá lo pertinente de la presentación conjunta y se le explicará con claridad las características del procedimiento escogido y las consecuencias del mismo, requiriéndose nuevamente su expresa conformidad. Si ésta se presta y el tribunal acepta el acuerdo, se dictará sentencia, no pudiendo en ningún caso imponerse otra más gravosa que la obrante en la presentación.

El nuevo Digesto de la Provincia de Buenos Aires regula sobre la materia siguiendo los lineamientos que se han in-

dicado, haciéndolo bajo la denominación de “juicio abreviado”, disponiendo en su artículo 395 que en los supuestos en los que la fiscalía estimare procedente pedido de pena inferior a un máximo de seis años o una sanción no privativa de libertad, “podrá solicitar al formular el requerimiento de citación a juicio, que se tramite la causa conforme al procedimiento de juicio abreviado...” En tal caso, deberá integrar la requisitoria con la expresa petición punitiva y acompañársela con la conformidad del imputado y de su defensor, quienes también pueden efectuar por sí la solicitud de este trámite. Si se rechazare el pedido, se seguirá con el procedimiento ordinario y si se lo admite, con el reconocimiento de la imputación, y luego de la audiencia se llamará a autos para sentencia, en la que no podrá en ningún caso imponerse una pena mayor que la oportunamente solicitada por el Ministerio Público. El particular damnificado no podrá oponerse a la elección de este procedimiento.

En el orden nacional se sancionó en mayo de 1997 la ley 24.825 sobre la base de un proyecto presentado en Diputados por el doctor Cafferata Nores y que sigue los antecedentes ya referidos. De tal modo, aparece como artículo 431 bis la disposición que regula la cuestión de modo similar a lo que consideramos respecto del Código de la Provincia de Buenos Aires. La opción puede formularse hasta el dictado del decreto de fijación de audiencia por parte del Tribunal de Juicio Oral. El inciso 2º establece que para la admisibilidad es preciso “la conformidad del imputado, asistido por su defensor, sobre la existencia del hecho y la participación de aquél, descriptas en el requerimiento de elevación a juicio, y la calificación legal requerida”. Igualmente se norma que, desde la aceptación y consecuente intervención de defensor, podrá celebrarse una audiencia con el fiscal a los fines del acuerdo. En todos estos casos, el Juez de Instrucción elevará la solicitud y la conformidad, sin otra diligencia, al Tribunal de Juicio, “el

que tomará conocimiento *de visu* del imputado y lo escuchará...” Si no se rechaza fundadamente la propuesta, se llamará a autos sin otro trámite. La sentencia tendrá sustento en las pruebas instructorias y en la admisión del hecho por parte del imputado, no pudiendo exceder la pena a la peticionada por la Fiscalía. En el supuesto de múltiples imputados, se precisa la conformidad de todos.

D) *Procedimiento por faltas*

El tema en torno a la delimitación de lo que se entiende por contravenciones, la naturaleza jurídica de las mismas, sus relaciones con el concepto de delito y la cuestión relativa a la competencia legislativa en tal materia, ha provocado discusiones amplias y dividido a la doctrina²³. Sin entrar en polémicas que exceden el ámbito de este trabajo, podemos tener en claro que, en principio, se trata de infracciones de menor entidad lesiva que por lo común se caracterizan por sanciones punitivas de inferior gravedad y por métodos procedimentales más breves e informales que los destinados a juzgar los delitos.

Ya hemos hecho referencia a la división de las infracciones punibles en crímenes, delitos y contravenciones, que dentro del Derecho Comparado tenían que ver con las consecuencias punitivas y con los procedimientos para su juzgamiento. Como se ha indicado, nuestro sistema adopta el sistema llamado de “bipartición”, es decir, delitos y contravenciones o faltas. El Código Penal trata sólo de los primeros (aunque diferentes proyectos modificatorios preveían capítulos específicos sobre el tema), correspondiendo lo segundo a la regulación local, aunque la facultad de las provincias para legislar sobre el tema ha sido también motivo de reparos.

En realidad, no puede encontrarse una fundada distinción sustancial entre delitos y contravenciones y, en varios

²³ SOLER, Sebastián, *Derecho Penal argentino*, Buenos Aires, 1978, t. I, p. 224.

casos, ni siquiera una diferenciación basada en la gravedad de las consecuencias. Ello lleva a que solamente puede decirse que se trata de infracciones relativamente menores, de incidencia local, no reguladas en la legislación nacional. Pero tal conclusión implica que no pueden exceder ni vulnerar los principios rectores del ordenamiento penal derivado de la Constitución, rigiendo en consecuencia los principios de legalidad, judicialidad, prohibición de la analogía, culpabilidad, proporcionalidad y definición de acciones, como así también en lo que concierne estrictamente a la realización, el juzgamiento por jueces naturales (y no por empleados o funcionarios administrativos) y los demás requisitos del debido proceso.

Por lo común las provincias legislan el tema a través de los denominados Códigos de Faltas, los que contienen disposiciones sustantivas y de procedimientos, de índole sumaria.

E) *Procedimientos especiales de conciliación*

En los últimos tiempos la doctrina ha ido propiciando con creciente insistencia la necesidad de arbitrar procedimientos conciliatorios no sólo para cuestiones civiles, sino también penales. Los enfoques pertinentes abogan por la necesidad de encontrar métodos informales, sumarios y actuados para la resolución de conflictos, con particular relevancia de la directa voluntad de los involucrados. Para el logro de tales objetivos se arbitran tribunales especiales²⁴. Los mismos, compuestos por conciliadores, ante la ocurrencia de hechos que, por lo común son los de competencia correccional, emplazarán a quienes se dicen víctimas y a los sindicados como autores

²⁴ Sobre el particular, es importante la experiencia de la ley 999 del 26 de septiembre de 1995 de la República Federativa del Brasil que crea los Juzgados Especiales Civiles y Criminales, orientados por criterios de oralidad, simplicidad, informalidad y economía procesal. Su competencia es para causas de menor complejidad y, en lo que respecta a lo penal, *las infracciones de menor potencial ofensivo*, entendiéndose por tal las contravenciones y los delitos con pena de hasta un año de prisión.

del ilícito, buscando el acuerdo respecto de la reparación de daños y el cumplimiento de una sanción no privativa de libertad.

F) *Extradición*

En esa suerte de hiperinflación de temas propia de los análisis tradicionales del Derecho Penal, la cuestión de la extradición ha aparecido considerada dentro de los estudios sustantivos. Al igual que lo que ocurre con la acción y con otros problemas de específica incidencia realizativa, se ha analizado la materia extradictiva respecto de las normas de fondo sin advertirse que las mismas tienen en tales casos una incidencia meramente secundaria y que en realidad se trata de articulaciones estrictamente procedimentales, por lo que corresponde su tratamiento dentro de la materia que nos ocupa.

El término "extradición" refiere a los procedimientos seguidos por un Estado para requerir la entrega de un individuo situado en otro, a los fines de someterlo a su ley penal. Las disposiciones que habilitan esta solicitud se basan en las normas del Derecho Internacional contenidas en los tratados y convenios suscriptos por los respectivos Estados. De acuerdo con esto, se habla de *extradición activa* respecto del Estado requirente y de *extradición pasiva* cuando se considera el tema desde el punto de vista de la nación requerida, lo que importa respecto de los procedimientos para solicitar la entrega del requerido o bien para analizar si corresponde o no tal entrega. Así mismo cabe distinguir entre la extradición propiamente dicha, de índole internacional, y la que los códigos del país disciplinan para casos interprovinciales, de acuerdo con las particularidades del régimen federal (art. 8º, Const. Nac.).

Conforme con la ley 24.131, las disposiciones vigentes sobre la materia internacional son las contenidas en el anterior

Código: Mantendrá su vigencia el régimen previsto para la extradición por la ley 2372, sus modificaciones y las leyes especiales, en todo lo que no se oponga a la presente ley. La única norma que disciplina sobre el tema dentro de la regulación del actual Código, es la del artículo 53.

Respecto de la extradición activa, la promoción corresponde al juez de la causa en la que se entiende necesario contar con la presencia de una persona que se encuentra fuera del ámbito de la jurisdicción que corresponde a ese magistrado. La determinación de tal necesidad y de los motivos fácticos y jurídicos que la justifican, deberá constar en un auto, acompañado de los testimonios pertinentes (sentencia condenatoria, auto de procesamiento y/o de prisión preventiva, orden de detención, etc.) y datos de individualización, a más —cuando se trate de la de índole internacional— de las disposiciones legales aplicables al caso. El pedido internacional se remitirá al Ministerio de Relaciones Exteriores, donde se examinará administrativamente el cumplimiento de los recaudos formales y se los confrontará con las normas derivadas del convenio que corresponda al país de que se trata o, de no existir convención al respecto, se actuará conforme a los principios de reciprocidad por vía diplomática.

Por lo común, en los referidos convenios existen disposiciones específicas que regulan los procedimientos, las que resultan de aplicación al caso. Pero debe advertirse que en lo que atañe a la extradición pasiva, tales disposiciones no pueden ser jamás violatorias de las normas generales que para “todo habitante” rigen en relación al debido proceso.

G) *Procedimiento con imputados menores*

Todo lo estudiado anteriormente refiere al juzgamiento de personas mayores de 18 años. Quienes no alcancen ese mínimo de edad, están fuera de los procedimientos conside-

rados. Así mismo, hasta los 16 años son jurídicamente inimputables (Soler habla de *inimputabilidad por inmadurez*)²⁵, por lo que, obviamente, no pueden ser sometidos a juzgamiento. En consecuencia, la cuestión se circunscribe a aquellas personas comprendidas entre los 16 y los 18 años (leyes 22.278 y 22.803)

Es de advertir que la regulación jurídica de los menores ha sido objeto de estudios específicos que, en lo básico, preconizan un enfoque tutelar y que en los últimos tiempos han adquirido notoria importancia, constituyendo ya una disciplina específica. También es notoria la evolución histórica, que marca un progreso hacia formas de protección, las que contrastan con anteriores respuestas de índole pura y duramente coactivas, a veces preconizadas aun en la actualidad.

Por lo común, los códigos contienen disposiciones específicas para el enjuiciamiento de los menores punibles. El artículo 410 del Código Procesal Penal de la Nación, establece como regla la aplicación del procedimiento común, con las particularidades que se enuncian en los artículos que le siguen: debate privado, detención excepcional, medidas de índole tutelar, no comparecencia a la audiencia, asesoramiento, testimonios e informes sobre la personalidad.

H) *Juicio ante jurados*

Aunque en nuestro ordenamiento jurídico el tema no se encuentra regulado, apareciendo como el antecedente más notorio el contenido en el Proyecto del Poder Ejecutivo de 1986 que preveía un tribunal escabinado, a más de las discusiones que sobre el tema se concretaron en la preparación del nuevo Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba y en el análisis que sobre el tema se elabora en la provincia de Entre Ríos, puede pensarse que alguna vez se cumplirá con el mandato constitucional. Sobre el particular corresponde

²⁵ SOLER, ob. cit., t. II, p. 42.

remitirse a lo considerado en torno al tema en el Capítulo XIV relativo al órgano jurisdiccional, pero debe señalarse ahora que el desarrollo del juicio ante jurados implica una mecánica de pureza acusatoria, con total protagonismo de las partes y con una eficaz dirección del debate a cargo del juez técnico a quien corresponde el encuadre del caso, la moderación de las discusiones, la vigilancia respecto a la legalidad y procedencia del material probatorio y las instrucciones para el veredicto.

CAPITULO XXI

SENTENCIA Y MEDIOS IMPUGNATIVOS

1. La finalización del proceso

Hemos indicado reiteradamente que el proceso es un desarrollo, un desenvolvimiento ordenado que, dentro de la estructura que lo disciplina y dota a cada acto de sentido en función de la totalidad, avanza desde un comienzo hacia una finalización. Tratados sus modos de iniciación y las principales manifestaciones de su recorrido, toca ahora analizar lo relativo a su conclusión.

Recordemos brevemente: el proceso, suscitado por una *notitia criminis* que provocó la requisitoria de instrucción del Ministerio Público o la actividad investigativa del mismo, dio lugar a la etapa instructoria o preparatoria, en la cual el imputado fue convocado a prestar declaración, se le intimó el hecho atribuido, se llevaron a cabo actividades cautelares e investigativas y, sobre la base de estas últimas, se efectuaron meritaciones en orden a una declaración de conocimiento en grado de probabilidad sobre los hechos atribuidos y la consecuente calificación legal a través del auto de procesamiento; o se entendió encontrarse con elementos suficientes para fundar la acusación. Sobre tal base tiene lugar la etapa intermedia, en la que se ponderará si hay elementos para pasar

al período del juicio y, durante éste, tendrá lugar la discusión entre las partes sobre las circunstancias de hecho y de derecho, explicitándose y fundándose las respectivas posiciones, que se concretarán en las peticiones.

Y, precisamente, esa última palabra, peticiones, indica que toda la actividad se dirigirá hacia las solicitudes finales para que el órgano decisorio se pronuncie a través de la declaración jurisdiccional que determinará si en el caso hay mérito para una condena, esto es, para la aplicación al justiciable de una sanción punitiva, o bien, en el caso contrario, para la absolución del procesado.

Finalizadas las actividades del plenario o discusión, corresponde el cierre de las mismas. Dentro del proceso escrito, esto ocurre a través del denominado *llamamiento de autos* al que aludía el artículo 491 del viejo Código y que todavía regula el artículo 399 del Código Procesal Penal de Santa Fe. Este decreto o proveído de autos para sentencia implica la voluntad del órgano jurisdiccional de dictar resolución final con los elementos logrados hasta ese momento en el proceso. En el juicio de trámite oral, una vez finalizado el debate con los alegatos de las partes y sus respectivas conclusiones, el presidente las convocará para la lectura de la sentencia y declarará cerrado el debate (art. 393, último párrafo, C. P. P. N.), pasando de modo inmediato los integrantes del tribunal a deliberar sobre la causa. Esta deliberación es secreta, pudiendo asistir, a más de los jueces que intervinieron, sólo el secretario. Como se advierte, aquí también se manifiesta el cumplimiento de los principios de continuidad y concentración inherentes al juicio oral. La señalada inmediatez resulta fundamental, tanto para evitar las habituales demoras y delegaciones del trámite escrito, como para mantener vivo el recuerdo y la impresión directa de lo acontecido durante la audiencia, de la que sólo se han

llevado registros sumarios, a más de las eventuales versiones de reproducción técnica.

Como se ha indicado, en los códigos adscriptos a la oralidad no aparece el instituto del llamamiento de autos. En estos ordenamientos el debate queda cerrado tan pronto como se ha finalizado la discusión, de acuerdo con el orden legal. Por lo tanto, una vez finiquitado el contradictorio, el tribunal pasará a deliberar a los fines de dictar sentencia.

En consecuencia: cualquiera fuere el sistema, el modo normal de finalización del proceso es el dictado de la sentencia¹.

2. La sentencia

Como ha sido coincidentemente destacado por la doctrina, el proceso tiende hacia su resolución final que es la sentencia². En ella se manifiesta en plenitud el poder jurisdiccional, ya que es el acto por antonomasia de esta naturaleza. Toda la actividad de investigación y debate, las alegaciones de las partes sobre las cuestiones de hecho y de derecho, confluyen naturalmente hacia ese punto conclusivo en el que se definirá

¹ La expresión que hemos empleado "modo normal", indica *a contrario sensu* que existen otros modos que podríamos calificar como no normales, no habituales o, en cierta medida, excepcionales. Ya hemos estudiado que el proceso puede finalizar sin pasar a la etapa de juicio mediante la resolución o auto de sobreseimiento, y aun en esta etapa la causa puede finiquitar mediante sobreseimiento cuando se dé alguna causal extintiva de la acción penal u otra de naturaleza perentoria (art. 356, inc. 1º, a, C. P. S. F.; ver CHIAPPINI, Julio O., *Comentarios al Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe*, Zeus, Rosario, 1981, p. 213). Según Rubianes, este supuesto de conclusión anormal no se daba dentro del Cód. Proc. Pen. de Buenos Aires, ya que el plenario sólo podía concluir mediante sentencia definitiva, conforme al art. 220 del citado cuerpo legal (RUBIANES, Carlos, *Manual de Derecho Procesal Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1976, t. III, p. 267).

² La noción y desarrollo conceptual de la sentencia han sido ampliamente tratados por la Teoría General del Derecho y la Teoría Procesal; al respecto ver: ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Sentencia*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. XXV, p. 360. Igualmente, debe advertirse que el destacado procesalista mejicano Humberto Briseño Sierra ha sostenido que, en realidad, la sentencia no forma parte del proceso, sino que es algo que está fuera de él.

todo lo relativo al objeto procesal, declarándose, a través del órgano habilitado para ello, la voluntad de la ley, conforme a las circunstancias del caso.

Alsina recuerda que el término “sentencia” deriva de la voz latina *sentiendo*, “que equivale en castellano a sintiendo, es decir, juzgando, opinando, porque el juez declara u opina con arreglo a los autos”³. En parecida inteligencia, Alcalá Zamora define a este acto que califica como capital, diciendo que “es la declaración de voluntad del juzgador acerca del problema de fondo controvertido u objeto del proceso”⁴. Por su parte Rubianes conceptualiza la sentencia como “el acto jurisdiccional en que el juez, poniendo fin al juicio, resuelve las cuestiones esenciales que han sido materia de él”⁵.

Florian destacó que de todas las resoluciones judiciales, la sentencia es, sin duda, la de mayor importancia. Puede ubicarse dentro de los actos procesales decisorios, que constituyen, como señalamos, las manifestaciones por excelencia de la actividad y el poder jurisdiccional, que traduce la voluntad del Estado, en orden a la determinación del objeto de la relación procesal. Se encuentra lógica y jurídicamente condicionada por el desarrollo anterior del proceso, del cual es la normal conclusión. Dentro del proceso penal guarda directa relación con la acusación, ya que como advierte Florian mantiene dependencia “con el contenido de la inculpación, expresado en los actos de la acusación”, cuyos límites no pueden ser excedidos: “La sentencia no puede basarse en hechos sobre los que no se haya hecho una acusación en forma legal, y menos puede admitirlos”, ya que debe darse (consecuencia del principio acusatorio) una correlación entre la fórmula de

³ ALSINA, Hugo, *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Ediar, Buenos Aires, 1965, t. II.

⁴ ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, Niceto y LEVENE (h.), Ricardo, *Derecho Procesal Civil*, Kraft, Buenos Aires, 1945, t. III, p. 236.

⁵ RUBIANES, ob. cit., p. 264.

la acusación, como derivación de la acción, y el pronunciamiento final que es la sentencia⁶.

Los autores tradicionales, fieles al aporte de la teoría francesa, gustaron de afirmar que la sentencia aparece como un silogismo, cuya estructura está configurada por la normatividad sustantiva como premisa mayor, los hechos o plataforma fáctica como premisa menor, y la resolución como conclusión. Así, se acentuaba el aspecto de raciocinio, del contenido y expresión racional propio de la actividad jurisdiccional dentro del Estado de Derecho. En la misma línea de pensamiento se señaló que este decisorio no implicaba más que una traducción al caso concreto de la voluntad o mandato abstracto de la ley, pareciendo que el juzgador no hacía otra cosa que verificar si en la situación considerada se encontraban reunidos los supuestos para la aplicación legal.

Posteriormente se advirtió que si bien el juzgador aplica en verdad una norma de índole general, va más allá de esa simple determinación silogística, generando de hecho una norma individual. Como bien dice Kelsen, "la función judicial, lo mismo que la legislativa, es, al propio tiempo, creación y aplicación del Derecho", creación normativa que comienza jurídicamente con los preceptos constitucionales como los de mayor generalidad y se va concretando o individualizando hasta llegar a la sentencia, que culmina este proceso: "El proceso a través del cual el Derecho constantemente se crea a sí mismo, va de lo general y abstracto a lo individual y concreto"⁷. La decisión judicial finaliza en la cabal definición del sistema normativo.

⁶ FLORIAN, Eugenio, *Elementos de Derecho Procesal Penal*, Bosch, Barcelona, 1934, p. 401.

⁷ KELSEN, Hans, *Teoría general del Derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Maynez, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1969. Sobre el cambio en el concepto de interpretación hecho a través de la sentencia, ver: POUND, Roscoe, *Introducción a la Filosofía del Derecho*, trad. de Fernando Barrancos y Vedia, Tipográfica Editora Argentina, Buenos Aires, 1972.

En el caso del Derecho Penal las disposiciones sustantivas relacionan una pena a la realización de una conducta, determinándose una imputación de responsabilidad. A su vez, el Derecho Procesal Penal disciplina medios para establecer si en un caso concreto se han dado esos supuestos y, por ende, corresponde la aplicación de la sanción. La sentencia, como culminación del proceso, aparecerá como resultante sintética de todos esos elementos. En el caso, declarará que, luego de todos los requisitos (debido proceso), se ha comprobado la existencia de los hechos (plataforma fáctica) condicionantes de la sanción; además, en cierto sentido, esa comprobación de los hechos (materia probatoria) lo será también de verificación de los supuestos jurídicos (elementos del delito, de acuerdo con los principios de la teoría dogmática del delito). En todos estos aspectos, la sentencia resulta constitutiva.

Entre las resoluciones judiciales (proveídos, autos, sentencias) la sentencia es la que, por sus características e incidencia, reviste la mayor importancia, ya que cierra el proceso y significa un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión sometida al órgano jurisdiccional. En este sentido y como culminación del proceso penal, puede hablarse de sentencias condenatorias y absolutorias, a las que Alcalá Zamora denominaba “estimatorias y desestimatorias”; en las primeras, se acoge la acción concretada en pretensión punitiva, y en las segundas, se la rechaza⁸.

Dada la importancia de la sentencia, la misma, para ser válida, debe adecuarse a determinados requisitos.

3. Requisitos de la sentencia

A) *Formales o extrínsecos*

Ya señalamos que, desde el punto de vista procesal, la sentencia es un acto decisorio, es decir, emanado del órgano jurisdiccio-

⁸ ALCALA ZAMORA, ob. cit.

nal; de la misma forma y como bien lo puntualiza Alsina, “en un documento destinado a constatar la expresión del juicio del juez sobre la cuestión sometida a su decisión”, revistiendo la calidad de instrumento público (art. 979, inc. 2º, Cód. Civ.). No extraña entonces que la legislación exija para tan importante acto el cumplimiento estricto de requisitos formales, de cuya observancia dependen “su eficacia y su fuerza probatoria”.

Sobre el particular legislan los artículos pertinentes de los códigos de procedimientos en materia penal. Además, doctrina y jurisprudencia han contribuido a precisar tales requerimientos, los que podemos circunscribir a los siguientes:

- 1) Debe ser realizada por escrito y en idioma nacional, a máquina;
- 2) obrará en los mismos autos en que se dictó, “transcribiéndosela luego en un libro especial, del que podrá obtenerse testimonio en caso necesario” (Alsina);
- 3) contendrá la individualización del proceso (forma de caratulización, número de inserción en el protocolo del juzgado);
- 4) lugar y fecha en que se dicta la resolución, como así también la mención del órgano jurisdiccional del cual emana;
- 5) datos individualizantes de las partes, con especial detalle del procesado, y
- 6) firma del o los integrantes del órgano jurisdiccional.

B) *Intrínsecos o en relación al contenido de la causa*

Se encuentran detallados en la misma legislación citada. Refieren, como se expresa en el título de este apartado, al contenido o materia de la causa o proceso. De una manera general y como lo expresó la doctrina tradicional, hacen a la exposición de los hechos, la aplicación del derecho y la conclusión o decisión final. Por lo general, en la redacción de las sentencias, estos elementos se expresan a continuación

de la fórmula “Y de los que resulta...”, y luego, fundamentalmente, a los “Considerandos”. Estos requerimientos son:

- 1) Relación abreviada de los antecedentes y hechos que son materia del proceso, como ser su forma de iniciación, atribución delictiva, etcétera, y de los principales momentos del desarrollo de la causa;
- 2) posiciones y conclusiones de las partes, según han sido expresadas en sus respectivas y más importantes intervenciones (requisitorias, defensas, demanda civil, alegatos, etc.);
- 3) consignación del resultado de la actividad y valoración probatoria, con expresión de los fundamentos al respecto; por cierto que no se trata de analizar toda la prueba, pero sí de tratar aquella verdaderamente determinante para la acreditación de la imputación que basa a la acusación y que incidirá en el decisorio; de lo que se trata es de evidenciar las cuestiones acreditantes de mayor relevancia en orden a la confirmación de la hipótesis de la que se partió, confirmando o negando la responsabilidad del imputado respecto del hecho atribuido;
- 4) la ubicación normativa correspondiente a los hechos probados, con expresa mención de las disposiciones legales invocadas interpretándolas conforme a los criterios normales de la ciencia jurídica;
- 5) conforme a los hechos y al derecho, delimitación de la participación que hubiere correspondido al procesado y juicio acerca de su responsabilidad y grado de la misma, y
- 6) lo verdaderamente fundamental, la resultante lógica y dispositiva de todo lo anterior: decisión expresa pronunciando condena o absolución al procesado por el o los delitos por los que se lo acusó; en el supuesto que correspondiere se impondrán penas o medidas de se-

guridad, determinando de modo fundado lo que corresponde, dentro de las escalas legales y acorde con las circunstancias del caso. También la sentencia deberá pronunciarse sobre la cuestión civil si la misma hubiese sido introducida en el proceso mediante la acción y demandas pertinentes, como así también lo que refiere a inhabilitaciones, decomisos, multas y costas.

C) *Valorativos o de mérito*

La fundamental incidencia que reviste el pronunciamiento jurisdiccional conclusivo, ha hecho que la doctrina y jurisprudencia establecieran que para que una sentencia pudiese reputarse “justa” y verdaderamente conforme al Derecho vigente, no era suficiente el mero cumplimiento de los requisitos extrínsecos e intrínsecos precedentemente tratados, sino que los mismos debían articularse de una manera armónica, racional, fundada y congruente, capaz de asegurar un aceptable grado de plausibilidad.

El origen de estos requisitos se encuentra en las bases mismas del Estado de Derecho y en el sentido del régimen republicano de gobierno, tal cual ha sido desarrollado por toda la teoría existente al respecto, elaborada a partir del pensamiento de la Ilustración. Ello ha permitido que dentro de nuestra doctrina y jurisprudencia se haya denominado acertadamente la cuestión como de raigambre constitucional⁹.

En consecuencia, las exigencias de una adecuada *motivación* de la sentencia y del correcto cumplimiento de todo lo relativo al contenido del decisorio, derivan como fundamental garantía innominada de la Constitución Nacional (art. 33), amén de surgir en forma expresa, como derivación lógica,

⁹ Sobre el particular, véanse los agudos trabajos de Adolfo Gelsi Bidart, Jorge Vanossi, Marcelo Bourguignon, Mario Chichizola, Néstor Pedro Sagüés, Gualberto Sosa y Eduardo José Barrios, en torno al tema *Recaudos constitucionales para una sentencia válida*, en *VI Congreso Nacional de Derecho Procesal*, La Plata, 1981.

del derecho de defensa consagrado en el artículo 18 y de resultar una exigencia de los instrumentos internacionales y de encontrarse dentro del Derecho Público Provincial.

Debe advertirse que si el problema del correcto acatamiento de estas pautas axiológico-positivas es uno de los básicos del acto jurisdiccional, en lo que atañe a la materia penal cobra aún mayor importancia, dados los intereses y derechos en juego. De nada vale contar con una legislación punitiva científicamente elaborada y con un proceso eficiente y rodeado de razonables garantías, si todos estos recaudos no confluyen armónicamente y aparecen resueltos como necesaria síntesis, en el pronunciamiento final.

A modo de resumen de la prolífica tarea interpretativa al respecto, pueden enumerarse como requisitos valorativo-constitucionales los siguientes:

a) *Motivación*: la sentencia debe explicitar en forma objetiva los razonamientos que conducen a la decisión. El órgano jurisdiccional no puede decidir en forma dogmática ni sobre la base de convencimientos meramente subjetivos, sino que las conclusiones a que arribe tienen que surgir como derivación razonada de los elementos de hecho y de derecho presentes en el caso y acordes con los respectivos planteos de las partes. Los motivos que conducen al pronunciamiento deben ser expuestos a través del discurso lógico, analizándose los puntos relevantes de la causa y expresándose los argumentos que llevan a la decisión. Igualmente, esos fundamentos deben ser serios, objetivos, ya que una fundamentación meramente aparente descalifica a la sentencia. Sobre este particular, ha dicho la Corte Suprema de Justicia de la Nación: "Es condición de validez de las sentencias judiciales que ellas sean fundadas y constituyan en consecuencia, derivación razonada del Derecho vigente, con aplicación a las circunstancias comprobadas de la causa" (*Fallos*: 261:209); al respecto, debe advertirse que existe una amplia elaboración ju-

jurisprudencial del máximo tribunal en torno al requisito ponderativo de la debida fundamentación¹⁰, al igual que en lo relativo a las causales de arbitrariedad; por su parte, la jurisprudencia santafesina ha señalado: “La motivación o fundamentación de la sentencia penal requiere una serie de elementos sucesivos y combinados, a saber: a) el análisis crítico de las probanzas de autos, para determinar lo relativo a la existencia del hecho y a la participación en él del encausado; b) el examen técnico-jurídico del caso, para enfocar el hecho con todas sus circunstancias en el Derecho positivo vigente; c) las conclusiones, tanto de hecho como de derecho, a las que el tribunal llega como consecuencia de los exámenes anteriores, y d) la expresa mención de las disposiciones legales que el tribunal considera aplicables al caso” (C. S. J. de Santa Fe, sala 2ª). “La sentencia no se basta a sí misma y deviene arbitraria si omite describir lo actuado durante el desarrollo de la causa (relación abreviada de antecedentes y hechos) o si falta la valoración de los resultados del debate y de las enfrentadas conclusiones de las partes; por cuanto ello implica, sin duda, haber prescindido de la insoslayable exposición crítica de la que resulte objetivamente cuál es la plataforma fáctica del proceso y la médula del debate” (C. S. J. de Santa Fe, sala 1ª).

b) *Autosuficiencia*: lo que significa que la sentencia debe bastarse a sí misma, constituyendo una pieza en la que se encuentren presentes la totalidad de las referencias de hecho y de derecho para entender el proceso de decisión y las motivaciones que guiaron al juzgador.

c) *Congruencia*: este principio, tratado principalmente en relación al proceso civil (“una conformidad entre el contenido de las resoluciones judiciales y el objeto de peticiones –pre tensiones y oposiciones– que delimitan el *thema decidendum*).

¹⁰ Para una exhaustiva consulta de la jurisprudencia al respecto, ver L. L., *Digesto Jurídico* 2, t. XI, ps. 1763 y ss.

La comparación entre lo reclamado y lo decidido debe guardar una estricta correspondencia”¹¹, ha ofrecido algunas dificultades para su correcto encuadre dentro del proceso penal que, por sus características de indisponibilidad y oficialidad, hace impensable una sujeción del órgano jurisdiccional a las posiciones de las partes, como acontece en el proceso civil. Sin embargo, habida cuenta que dentro de la etapa del juicio la misma se realiza dentro del sistema acusatorio (*no procedat iude ex officio*), la jurisdicción queda limitada por la acción, ya que no hay juicio sin acusación y ésta debe culminar en pretensión. Como señala Clariá Olmedo, “la regla de congruencia o de relación, con su significado estricto dentro del proceso penal sólo hace referencia al campo de lo fáctico, mostrándose como una indispensabilidad de coincidencia o conveniencia entre el supuesto de hecho imputado y el contenido fáctico de la decisión”¹², ya que en el aspecto jurídico rige en plenitud del principio *iura curia novit*. Lo importante en este aspecto es la correlación entre la imputación, concretada en la acusación, y la decisión final, aunque sobre este punto también debe señalarse que la decisión jurisdiccional no puede exceder o modificar los planteos jurídicos de la acusación.

d) *Valoración*: conforme a los criterios ya tratados en el capítulo referente a la ponderación probatoria.

e) *Racionalidad*: englobando todos los requisitos precedentes, la decisión, como justa composición del litigio, debe atender a la valoración de los hechos conforme al derecho aplicable, de una manera racional, donde los fundamentos del decisorio no sean mera apariencia de tales, los contenidos jurídicos aparezcan adecuadamente derivados del orden jurídico vigente (sin olvidar un solo momento la insoslayable

¹¹ SOSA, Gualberto Lucas, *Recaudos constitucionales para una sentencia válida. Contenido y motivación*, en J. A. 1981-III-781.

¹² CLARIA OLMEDO, Jorge A., *Principio de congruencia en el proceso penal*, en *XI Congreso Nacional de Derecho Procesal*, La Plata, 1981, t. I, p. 363.

guía de las normas constitucionales y el sentido derivado de las mismas) y las decisiones se ajusten a los contenidos de la causa. Esto significa la exclusión de toda arbitrariedad (concepto opuesto al de racionalidad) y aun de cualquier exceso de discrecionalidad que exceda el estricto límite de lo permitido.

El canon axiológico de la racionalidad, como elemento esencial del Estado de Derecho y, mucho más, dentro del régimen republicano de gobierno, aparece como abarcando la totalidad del proceso penal, tocando de una manera directa y preponderante a la decisión jurisdiccional conclusiva.

D) *Temporales*

En la medida en que la sentencia define y clausura la causa, dando fin a toda la actividad procesal, los digestos procesales disciplinan lo atinente a los plazos dentro de los cuales debe darse este pronunciamiento. Al respecto, debe señalarse que, como dice un proverbio vulgar, justicia lenta no es justicia.

La necesidad de que los decisorios que resuelven razonablemente la cuestión de fondo materia de la causa lo hagan en un plazo determinado, aparece como una derivación lógica de la garantía genérica del debido proceso y como un requisito insoslayable inherente al correcto servicio de justicia.

En materia penal, el citado requerimiento se hace particularmente importante, ya que por los intereses y valores en juego, por la necesidad tanto del individuo sometido a proceso como de la sociedad de una pronta y justa decisión de la litis, la sentencia no puede prolongarse —como sucede en el proceso escrito— por plazos que, al momento de dictarla, le quitan todo sentido. Por eso los códigos del sistema mixto consagran la regla de la inmediatez del pronunciamiento, permitiendo incluso que se adelante la parte dispositiva cuan-

do se encuentran en juego cuestiones que hacen a la libertad de las personas enjuiciadas.

Como bien dicen los comentaristas de esta legislación, la deliberación integra la sentencia, constituyendo "el acto material y formalmente previo a la sentencia"¹³. Esta deliberación tiene carácter secreto y está reservada a los jueces, pudiendo encontrarse presente únicamente el secretario. Luego de esta deliberación (para lo cual los códigos del sistema fijan normas) se dictará la sentencia. El original del escrito se agregará al expediente. Luego, constituido nuevamente el tribunal en la sala de audiencias, se procederá a su lectura ante las partes. Esta lectura, bajo sanción de nulidad, deberá ser pública y tendrá efectos de notificación.

Señalemos así mismo que los requisitos de debida fundamentación del pronunciamiento conclusivo adquieren especial importancia dentro de este sistema, toda vez que, al no existir el recurso ordinario de apelación, el decisorio adquiere carácter definitivo, no revisable por vía ordinaria.

4. Efectos de la sentencia

Ha sostenido unánimemente la doctrina que con la sentencia definitiva el órgano jurisdiccional pone fin al proceso. De esta circunstancia fundamental derivan los efectos de la misma que, en fundada opinión de Alsina, son los siguientes:

- a) Extinción de la jurisdicción;
- b) declaración del derecho;
- c) retroactividad, y
- d) cosa juzgada.

Con respecto a lo primero, esto significa que el juez de la causa, una vez pronunciada y notificada la sentencia, concluye en su competencia respecto al proceso, no pudiendo ya

¹³ VAZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos y CASTRO, Roberto A., *Procedimiento penal mixto*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1968, t. III.

realizar diligencias sobre el mismo o introducir modificaciones o variaciones; en lo que atañe a lo segundo, es evidente que, como lo hemos destacado reiteradamente, lo propio de la decisión jurisdiccional es la aplicación del derecho –norma general– al caso individual, declarando que en el caso se han dado los presupuestos abstractamente contemplados en la o las disposiciones sustantivas pertinentes; con referencia al tercer efecto, dice Alsina que “como consecuencia del carácter declarativo de la sentencia, sus efectos se proyectan hacia el pasado”¹⁴, alcanzando a todo el desarrollo anterior del proceso.

Pero el efecto fundamental de la decisión jurisdiccional final y firme, es el de la denominada *cosa juzgada*. La sentencia firme decide definitivamente la cuestión litigiosa, implicando la declaración de un estado jurídico de certeza en torno al tema del proceso. Esto significa que el objeto procesal no puede ya ser investigado, ni discutido, ni planteado no sólo en el mismo proceso, sino en ninguno posterior. Para el supuesto de que, por cualquier causa, ocurriera que por los mismos hechos juzgados se produjese un nuevo proceso, rige la excepción ya tratada del *non bis in idem*. Esto, salvo la excepcional posibilidad de la acción de revisión.

También y desde el punto de vista que deriva de la idea del proceso como “secuencia” o como una serie ordenada de actos, la sentencia aparece como el imprescindible fin de tal desarrollo, que ha tenido un inicio y un desenvolvimiento y que, en algún momento, debe arribar a su conclusión, agotando la acción que impulsó el comienzo y que dinamizó la posterior articulación, abarcando –a modo de síntesis– todo lo sucedido en ese conjunto de investigaciones y debates.

La cosa juzgada aparece, especialmente dentro del proceso penal, como una derivación lógica del valor seguridad jurídica y sólo puede ser quebrada a favor del condenado en supuestos verdaderamente excepcionales. Los efectos de la cosa juzgada

¹⁴ ALSINA, ob. cit.

son la inmutabilidad y la coercibilidad. Lo primero implica que, como se dijo, lo decidido no puede modificarse ni replan-
tearse; lo segundo, que esa decisión tiene fuerza ejecutiva,
con el respaldo para su cumplimiento del poder estatal.

En el proceso penal, los efectos de la cosa juzgada tienen un alcance *erga omnes*, es decir, no solamente con relación a las partes, sino frente a todos.

Leone distingue en su *Tratado* entre sentencias condenatorias y absolutorias. De la primera dice: "Sentencia de condena es aquella con la cual afirma el juez la responsabilidad del imputado y le inflige una pena", siendo este último, el efecto fundamental, propio de la materia considerada. Citando a Calamandrei, Leone sostiene que esto implica un sometimiento del justiciable a la voluntad de la ley, derivada de la comprobación cierta de que se dieron los hechos previstos como ilícitos en el ordenamiento sustantivo. En definitiva, la sentencia condenatoria implica la declaración de que corresponde la sanción punitiva establecida por la norma penal.

La sentencia absolutoria es la que declara que, por alguna de las causas legales, no corresponde la aplicación de pena. Básicamente puede señalarse que tales causas son todas aquellas que llevan a la imposibilidad de arribar a un grado de certeza en torno a la demostración de que en el caso se han producido hechos delictivos o de que los mismos hayan sido cometidos por el imputado, rigiendo sobre el particular el principio del *in dubio pro reo* en orden a la valoración de la prueba. La sentencia de absolución implica la inmediata orden de cesación de toda medida cautelar respecto al imputado.

Leone distingue también un tercer caso, al que denomina como "sentencia meramente procesal" y que es la que no concierne a pronunciamiento sobre el mérito de la causa, sino a situaciones de inexistencia de presupuestos procesales o de requisitos de validez de la relación procesal o de condiciones

de procedibilidad, lo que por lo general deriva de la admisión de las excepciones.

Ahora bien: en todos los casos, la sentencia aparece como *independiente*, es decir que, formal y funcionalmente, figura como una decisión del órgano jurisdiccional que la dicta, sin que pueda ser condicionada por órganos distintos de los que integran el poder judicial ni impuesta por otra magistratura, aun de grado superior. Tal circunstancia, unida a la necesidad de medios de control y revisión de tales decisiones, es lo que lleva al tema de los medios impugnativos o recursos.

5. Impugnaciones

Las decisiones o resoluciones del órgano jurisdiccional pueden ser objeto de cuestionamientos por las partes conforme a procedimientos disciplinados por la legislación procesal. Esta materia ha sido denominada como impugnaciones, medios impugnativos o, tradicionalmente, recursos, a los que también se ha dado la denominación de “remedios”. Claría Olmedo señala al respecto que “cuando las partes dirigen su actividad en procura de la corrección o eliminación jurisdiccional del posible defecto o injusticia del acto cumplido, hacen valer un poder de impugnación que automáticamente les concede la ley procesal”¹⁵.

La facultad impugnativa surge específicamente de la ley procesal y deriva de la articulación del proceso como un sistema o método de debate racional, fundado y controlable; compete a las partes, quienes tienen así un medio de cuestionamiento de los actos del órgano jurisdiccional, sometiendo los mismos a un replanteo o a un nuevo estudio, por parte del mismo órgano que dictó el decisorio o por otro diferente, en procura de la eliminación y/o subsanación de un eventual error formal o apreciativo. En este aspecto, aparecen como

¹⁵ CLARIA OLMEDO, *Tratado de Derecho Procesal Penal* cit., t. V, ps. 435 y ss.

un reconocimiento de la falibilidad humana y tienden a brindar oportunidades de examen más profundo o distinto de la cuestión en consideración.

Como bien observó Alsina, “el proceso se mueve dentro de un juego de posibilidades bajo control recíproco de los sujetos que integran la relación procesal”¹⁶, definiendo luego lo que denomina “recursos” como “los medios que la ley concede a las partes para obtener que una providencia judicial sea modificada o dejada sin efecto”, radicando su razón de ser, en última instancia, como se indicó, en la falibilidad humana y en la aspiración de justicia. En este orden de ideas, se ha producido dentro del pensamiento jurídico una importante elaboración en torno a los recursos y su particular incidencia dentro del desarrollo procesal¹⁷.

La doctrina italiana (Carnelutti, Calamandrei) destacó que la cuestión impugnativa se relaciona con modos de fiscalización, tendiendo, en definitiva, a establecer métodos de contralor del decisorio jurisdiccional y a evitar, dentro de lo posible y según las condiciones legales, los excesos discrecionales, la arbitrariedad, el error o la injusticia. Al mismo tiempo, es de advertir que en orden a este tema se estructura una nueva configuración de la relación procesal, que ya no está dada de modo directo por la confrontación de las partes, sino de una de ellas —la que aduce haber sufrido un perjuicio o menoscabo de su derecho— con respecto al juzgador.

Dentro de la materia penal, el tema de las facultades impugnativas cobra especial importancia. Esto, tanto por la problemática tratada, los valores e intereses en juego, lo que aparece expresamente reconocido en los instrumentos internacionales, como por la propia mecánica de la relación pro-

¹⁶ ALSINA, ob. cit.

¹⁷ PELLEGRINI GRINOVER, Ada; MAGALHÃES GOMES FILHO y SCARANCE FERNANDES, Antonio, *Recursos no processo penal*, en *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1996.

cesal penal. Sabemos que dentro del proceso civil, eminentemente dispositivo y partivo, las partes ejercen un permanente contralor mutuo, en un juego netamente equilibrado de alternativas y posibilidades, en el que el juez actúa en lo básico como árbitro; por el contrario, en el proceso penal, especialmente en el transcurso de la etapa instructoria, el juez está imbuido de un amplio margen de facultades discrecionales, siendo mucho más limitada la intervención de las partes. De ahí entonces que las facultades de contralor impugnativo revistan especial significación, siendo todo lo atinente a su regulación materia de singular trascendencia.

Rubianes propone una conceptualización descriptiva que comprende la variedad de supuestos y situaciones; dice al respecto: "Los recursos son, pues, medios de impugnación que la ley concede a las partes que han sufrido un gravamen, con motivo de una resolución judicial desfavorable que contiene, a su entender, un error de juicio o un error formal, siendo, pues, injusta o irregular, con la finalidad de obtener, mediante un nuevo estudio de las cuestiones resueltas, su revocatoria, modificación o nulidad, de modo más favorable a su interés, por el mismo tribunal o uno superior en grado"¹⁸.

A modo de resumen esquemático de lo hasta ahora expuesto, puede concluirse lo siguiente:

- a) Los medios impugnativos, impugnaciones o recursos son facultades específica y autónomamente procesales, destinadas a la posibilidad de subsanar errores y permitir modos de contralor; presuponen el previo dictado de una resolución jurisdiccional, cuya modificación o anulación pretenden.
- b) tales facultades corresponden a las partes, es decir, a los sujetos con legitimación dentro del proceso para su actuación, representando intereses propios o de otro;

¹⁸ RUBIANES, ob. cit., t. III, p. 277.

- c) en nombre de ese interés, que la parte reputa lesionado por un gravamen ocasionado por la resolución judicial, se interpone el recurso;
- d) éste va dirigido siempre contra una decisión del órgano jurisdiccional (decretos, autos, sentencias);
- e) se dirige a lograr la revisión de la medida o decisión impugnada y a la modificación en el sentido pretendido por la parte que interpuso el recurso;
- f) la revisión o contralor aludido puede ser sometido al propio órgano jurisdiccional que dictó el decisorio, o bien a otro de grado superior;
- g) la tramitación (condiciones en que pueden interponerse, plazos y formas) de estas impugnaciones es objeto de regulaciones específicas, disciplinando los códigos los procedimientos al respecto. Esto lleva a lo que podemos conceptualizar como "taxatividad" de los recursos, que sólo existen en la medida de su específico tratamiento en la ley procesal de que se trate y en las condiciones que ésta establezca, y
- h) por regla, la interposición de los recursos es facultativa, de índole disponible, apareciendo como una opción discrecional del recurrente. Aquellos casos en que aparecía la obligación de recurrir para determinados sujetos, han ido modificándose, hasta desaparecer. De igual modo, la interposición e impulso, mantenimiento y fundamentación de los medios impugnativos, corresponde de modo exclusivo a la parte que lo ha planteado.

Debe destacarse que, en la medida en que los recursos corresponden a las partes, existe por regla general sobre la materia el principio dispositivo. Las partes efectúan la impugnación de la resolución de que se trate mediante el acto impugnativo o interposición del recurso. La base o presupuesto para que la parte plantee la impugnación, es la existencia de un gravamen, perjuicio, agravio o afectación; es

decir, algo que, en cuanto a contenido, legalidad o regularidad, afecta el derecho o interés de quien lo interpone. Esto significa que no hay recursos por los recursos mismos, sino que siempre se debe dar un elemento negativo para la posición de la parte en cuestión, por lo cual ésta procura la modificación de lo que la afecta¹⁹.

Sobre el tipo de agravios que pueden justificar la impugnación, la doctrina ha distinguido desde antiguo entre el denominado *error in iudicando* (referida al mérito de la decisión) y el llamado *error in procedendo* (relacionado con la regularidad del procedimiento); a su vez, en relación al error *in iudicando*, se han separado los errores referentes a la ponderación de los hechos y los concernientes a la aplicación del derecho.

Así mismo conviene tener en claro que la cuestión responde en su regulación a criterios de política procesal, a la organización del poder judicial y a los tipos o características de los diferentes procedimientos.

Respecto de lo primero, el legislador tiene la opción de abundar o restringir los recursos, en una elección que privilegie la posibilidad de sucesivos controles o bien que dinamice y acorte el desarrollo de las causas. En este sentido, puede advertirse una evolución que tiende a la eliminación y simplificación de los recursos, conforme a la idea de que si los mismos son remedios, de lo que en verdad se trata es de arbitrar procedimientos de mutuo control que eliminen los males. Pero sin perjuicio de ello, las posibilidades de contar con instancias revisoras ante situaciones de arbitrariedad, incorrecta aplicación del derecho o apartamiento de las normas constitucionales, aparece como una garantía del impu-

¹⁹ Acerca de la noción de gravamen y su conceptualización jurídica, puede consultarse el excelente trabajo de ACOSTA, José V., *Agravio irreparable*, Ediar, Buenos Aires, 1978.

tado, lo que deriva del expreso reconocimiento de los pactos internacionales.

En lo que atañe a la organización judicial, los recursos evidencian también estrechas relaciones con los sistemas políticos. En efecto: en un régimen de monarquía absoluta, donde la facultad de juzgar pertenece al rey que la delega en sus jueces, es lógico que existan medios para retornar hacia esa fuente de soberanía. De igual modo, una estructuración vertical de la justicia implicará la existencia de una serie de grados tribunalicios de importancia y jerarquía decreciente que se traducirá en la implementación de modos de control de las resoluciones de los órganos jurisdiccionales inferiores por parte de los superiores. Al respecto, la Constitución Nacional al regular el Poder Judicial habla de la Corte Suprema de Justicia de la Nación “y demás tribunales inferiores”, lo que aparece similarmente regulado en el Derecho Comparado donde por lo común existen tribunales superiores a quienes compete el control de constitucionalidad. De todos modos y manteniendo esta necesaria jerarquía, la tendencia predominante es hacia formas horizontales de organización judicial, con las necesarias diferenciaciones funcionales que incluso pueden tener un carácter variable o rotativo.

Por último, es notorio que el régimen de los recursos se relaciona de manera estrecha con el carácter de los procedimientos, ya que los asentados sobre registros posibilitan revisiones integrales de las cuestiones de hecho y de derecho, como ocurre dentro del tradicional medio de la apelación, mientras que el trámite oral, concentrado, de intermediación probatoria, exige otras formas de control.

6. Nociones sobre la evolución histórica

Los orígenes del instituto se encuentran en todas las formas primitivas que implicaban una manera de lograr la intervención de una autoridad superior que remediase lo que

se entendía lesivo al derecho de quien solicitaba la revisión de lo decidido. Pero es dentro del Derecho Romano donde aparecen las primeras regulaciones específicas; al respecto, Florian cita la frase de Ulpiano: "Nadie ignora cuán frecuente y necesario sea el uso de la apelación toda vez que corrige la iniquidad o la impericia de los que juzgan"²⁰. La *provocatio ad populum* de la época republicana puede ser considerada como un importante antecedente, especialmente en cuanto aparecía como un recurso del imputado y como un medio de control popular de las decisiones de los magistrados. Ya en la época del Imperio se encuentra regulado el recurso de apelación²¹ con las características básicas con las que ha llegado hasta nuestros días, pasando por el Derecho italiano medieval, Las Partidas y el Derecho indiano.

Por las características propias del sistema acusatorio de acción popular y privada, concretado a través de una audiencia actuada, sin registros y ante los órganos de soberanía popular, el tema recursivo resulta asaz limitado, cuando no directamente inexistente.

Dentro del sistema inquisitivo, de mucho mayor desarrollo técnico, se da la situación de que se arbitran medios de control de los órganos superiores sobre los inferiores, pero con una notoria limitación respecto de las facultades recursivas de los imputados a quienes, como en el caso de los herejes, directamente se les prohibía cualquier manifestación impugnativa.

Desde un punto de vista más cercano a las actuales con-

²⁰ FLORIAN, *Elementos de Derecho Procesal Penal* cit., p. 421.

²¹ AYAN, Manuel, *Recursos en materia penal*, Lerner, Córdoba, 1985. En p. 30 señala: "En el Derecho Romano imperial, con el progresivo desenvolvimiento de la *cognitio extra ordinem*, surgen los presupuestos históricos para el nacimiento de la apelación penal. Ahora es el emperador quien tiene y ejerce el poder de juzgar, y como lo hace generalmente por medio de jueces que lo representan, que son sus delegados, resulta lógico que, en general, pudiera apelarse ante el emperador o ante los jueces superiores que lo representaban más directamente de las sentencias que dictaban aquellos jueces inferiores".

cepciones, el tema aparece regulado en el *Code de Instruction Criminelle* de 1808 y elaborado en la legislación que evoluciona desde esa base. Al respecto puede advertirse una proliferación de medios impugnativos de diversa índole y características. Por ejemplo, el digesto italiano anterior a la reforma de 1913, preveía los recursos de apelación, oposición, contumacial, purgación de la contumacia, casación ordinaria, casación en interés de la ley, revisión, etcétera. Así mismo, dentro de la tradicional legislación hispánica, con influencia en Latinoamérica, se encontraban los recursos de consulta, suplicaciones, aclaratoria, revisión, nulidad, injusticia notoria, etcétera.

Igualmente, en lo que atañe a la regulación la evolución marca una línea que permite trazar una dirección que lleva del casuismo hacia una normativa general, del detallismo y la multiplicidad de medios hacia la simplificación y el resguardo de la autoridad y el control vertical de las decisiones hacia *un sentido garantizador en favor del imputado*.

7. La regulación internacional.

Los recursos como garantías

Es de importancia advertir que la regulación internacional ha tendido vigorosamente a ubicar e instrumentar el tema de los recursos dentro de las garantías fundamentales que condicionan y limitan el poder punitivo del Estado. En este aspecto, se entiende que toda persona contra la que se ha decidido una sanción punitiva tiene derecho a un control de legalidad y justicia del pronunciamiento por parte de un órgano superior, lo que lleva a la idea de que, en realidad, los recursos en materia penal operan únicamente a favor del imputado a través de lo que se ha estudiado como la necesidad de una doble conformidad condenatoria para la validez de la sentencia.

En este sentido, la posibilidad de recurrir ante un tribunal

superior que revise la razón y legitimidad del anterior pronunciamiento condenatorio, aparece como una garantía contra eventuales arbitrariedades o excesos o contra una defectuosa aplicación del Derecho vigente; de tal forma, es al condenado al que, en todo caso, le asiste la instancia revisora²².

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, celebrado en Nueva York el 19 de diciembre de 1966 y aprobado por nuestro país por la ley 23.313 de 1986, establece en el artículo 14, inciso 5º: "Toda persona declarada culpable de un delito tendrá derecho a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescripto por la ley". A su vez, el artículo 8º, inciso 2º, apartado h, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagra el derecho de toda persona "de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior".

Toda vez que estas normas forman parte de los denominados "Tratados internacionales con jerarquía constitucional", integrando nuestro texto fundamental, a más de haber sido expresamente incorporados a nuestra legislación interna a través de las pertinentes leyes nacionales, forman parte de las garantías judiciales conformadoras del debido proceso.

La cuestión ha tenido notoria importancia práctica en nuestro Derecho, toda vez que al adoptarse de modo generalizado el sistema mixto, con juzgamiento oral por un tribunal colegiado de única instancia, las sentencias no son recurribles por la vía ordinaria, siendo únicamente susceptibles de impugnación a través de casación y los recursos extraordinarios de inconstitucionalidad provincial y federal. Ante dicha circunstancia, se discutió si tales remedios eran suficientes y acordes a los preceptos internacionales aceptados por nuestro país.

²² SUAU MOREY, Jaime, *Tutela constitucional de los recursos en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1995, p. 20. El autor acompaña fallos al respecto del Tribunal Constitucional español.

La Corte Nacional en los autos "Jáuregui" (E. D. 129-631) entendió que la exigencia de la normativa aludida queda satisfecha con la posibilidad del recurso extraordinario federal, opinión que no resultó compartida por parte de la doctrina, pero que acepta fundamentalmente D'Albora²³, quien además de referirse a la amplitud de la doctrina de la arbitrariedad hace mérito de la específica existencia del recurso de casación que, también en posición desarrollada por Morello²⁴ cubriría los supuestos relevantes en orden al cumplimiento de la garantía.

Puede pensarse que la cuestión debe resolverse de una manera que integre las características propias del juicio oral, que por su desarrollo y notas definitorias, permite una adecuada consideración de las circunstancias de hecho y de derecho y una directa apreciación de la prueba por parte de un tribunal plural que, en principio, aparece como suficientemente apropiado para arribar a fallos razonables. Y como contra sus decisiones opera el recurso de casación que, precisamente, tiende a asegurar el debido cumplimiento de las denominadas formas sustanciales del juicio y la correcta aplicación del Derecho vigente, pareciera contarse con suficientes garantías de pronunciamientos correctos, sobre lo que también opera la posibilidad ya señalada del recurso extraordinario.

Igualmente ha sido objeto de discusión si la necesidad de una correcta posibilidad recursiva es una exigencia que sólo incumbe en orden a la situación del condenado o puede corresponder también al Ministerio Público y al querellante particular. En este punto se separan netamente D'Albora y Maier, correspondiendo al primero la defensa de la tesis global y al segundo la de la restringida.

²³ D'ALBORA, ob. cit., ps. 564/65.

²⁴ MORELLO, Augusto Mario, *La nueva casación penal (leyes 23.984 y 24.050)*, en J. A. 1992-II-789.

Maier efectúa un profundo análisis de la cuestión²⁵ reseñando los orígenes de los institutos de los recursos como métodos de control interno del propio poder judicial organizado verticalmente y más con un sentido de reafirmación de la autoridad que de la salvaguarda de los derechos fundamentales de los justiciables. A esa óptica del control interno opone la externa derivada de la eficacia de formas participativas populares directas (juicio ante jurados). Entiende que dentro de un sistema de inspiración absolutista, en el que el poder soberano de juzgar radica en la autoridad central, que la delega en funcionarios judiciales inferiores, resulta lógico que los recursos actúen como una restitución de las facultades y que, por ende, correspondan tanto al actor (principalmente) como al accionado. Desde esta perspectiva, los recursos no son en ningún modo una expresión garantista sino, por el contrario, uno de los más eficaces modos de control y de uniformidad burocrática de que se sirve la autoridad judicial, en cuyo interés existen.

El sistema imperante permite que tanto el justiciable como el acusador puedan llegar a un tribunal de grado superior y que éste pueda condenar de manera definitiva al imputado ya condenado o absuelto en la instancia inferior.

A la luz de la incorporación constitucional de las convenciones internacionales (art. 75, inc. 22, Const. Nac.) debe replantearse integralmente la cuestión y elaborarse la idea del recurso como una garantía procesal a favor del imputado. Las tesis que sostiene Maier al respecto implican que los recursos contra las sentencias definitivas de los tribunales de juicio oral sólo pueden operar como medio impugnativo del condenado y dejar por completo su carácter de modo de control ejercido por un tribunal superior. Esto lleva a abandonar la legitimación recursiva bilateral (fiscal y defensa), la que sólo actúa como derecho exclusivo del condenado, quien

²⁵ MAIER, *Derecho Procesal Penal* cit., p. 705.

recurre en procura de lograr *la doble conformidad*, como condición para la ejecución de la sentencia.

8. Clasificación de los medios impugnativos

Estos remedios jurídicos cuya formulación corresponde a las partes y que se dirigen a remover o modificar un perjuicio derivado de una decisión jurisdiccional, tienen modalidades y particularidades que los diferencian netamente entre sí y que la legislación procesal ha ido disciplinando de distinta manera. En consideración de estas particularidades, se han propuesto diversas clasificaciones, cuyas utilidad y claridad no siempre han sido alcanzadas, pero que en algunos casos han contribuido a una mejor comprensión del sentido de los medios impugnativos.

Una primera y elemental distinción podría derivarse de discriminar entre aquellos que se plantean y resuelven ante el mismo órgano que dictó la resolución y aquellos que se tramitan ante un cuerpo distinto con facultades revisoras, lo que deriva en una diferencia de procedimientos. Pero sobre la base de los conceptos más utilizados en nuestro medio, se pueden clasificar en:

A) *Recursos ordinarios y extraordinarios*

Bien observa Alcalá Zamora que esta dicotomía es universalmente aceptada, pero que, en cambio, existe la más amplia disparidad de criterios cuando se trata de encuadrar dentro de la misma a los diferentes medios impugnativos en particular. En realidad, la cuestión no puede resolverse en abstracto, ya que dependerá de los diferentes sistemas legislativos. Es que, como la misma denominación lo indica, la calificación de *ordinariedad* y *extraordinariedad* derivará de lo que dentro de un sistema procesal se entienda como habitual o excepcional. Esto significa pura y simplemente que recursos ordinarios serán aquellos que aparecen legislados

como medios o instrumentos normales de impugnación, quedando reservados para la segunda categoría aquellos que sólo proceden en supuestos en cierto sentido excepcionales o no habituales. Esto debe entenderse dentro del contexto teórico de la cuestión, ya que no puede olvidarse que lo propio de una decisión jurisdiccional es que se cumpla, es decir, que quede firme y produzca sus efectos; el recurso, que como advierte Manzini, implica una actividad procesal determinante de “una nueva fase del mismo procedimiento” tendiente al contralor o renovación “del juicio anterior”, es una demora y una complicación, explicable y justificable por las razones de racionalidad y justicia antes aludidas, pero que es necesario rodear de requisitos estrictos; así, el menor o mayor rigor de los mismos será también un criterio para la caracterización estudiada.

Leone, aceptando en este punto las elaboraciones de la doctrina alemana, entiende que son recursos ordinarios aquellos dirigidos contra decisiones que carecen aún de autoridad de cosa juzgada, y extraordinarios los que se dirigen contra decisiones investidas de tal estado²⁶, concluyendo: “Son ordinarios los que impiden el paso en cosa juzgada, y extraordinarios los que se dirigen contra decisiones irrevocables”.

Dentro de la legislación procesal argentina, pueden considerarse como medios impugnativos ordinarios los recursos de reposición o revocatoria, el de apelación, el de nulidad y el de queja. Como extraordinarios, corresponde mencionar la casación, el de inconstitucionalidad, tanto ante tribunales provinciales como ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, el de inaplicabilidad de la ley o de doctrina legal (casación extraordinaria) y el de revisión.

²⁶ LEONE, Giovanni, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Ejea, Buenos Aires, 1963, t. III.

B) *Suspensivos y no suspensivos*

Esta categorización toma en cuenta los efectos que se derivan de la interposición del recurso. Los medios impugnativos suspensivos son aquellos que logran la suspensión de la decisión cuestionada, siendo los restantes aquellos no dotados de tal efecto, a los que la doctrina tradicional denominó como “devolutivos”²⁷, aludiendo tal denominación al efecto de restituir o retrotraer a la situación anterior a lo que resolvió el decisorio impugnado.

Lo propio del medio impugnativo es el cuestionamiento y el consiguiente replanteo de lo decidido. Ahora bien: hay ocasiones en las que la interposición del recurso detiene la ejecutabilidad de la decisión, que queda “en suspenso” hasta tanto se sustancie la imposición. Tal es el caso clásico del recurso de apelación contra sentencia en el procedimiento escrito: el decisorio del juez de mérito que haya sido impugnado en las condiciones legales no producirá sus efectos normales hasta tanto haya resolución al respecto por parte del tribunal de grado.

Dentro del esquema general de la materia, podría decirse que lo antedicho constituye la regla de los recursos ordinarios. Pero en los códigos de procedimientos encontramos supuestos habituales de apelaciones con efecto no suspensivo, tales, verbigracia, como los referentes a autos de procesamiento y de falta de mérito, embargos e inhibiciones, denegatoria de la excarcelación y el sobreseimiento apelable por el Ministerio Fiscal.

Para precisar y comprender cabalmente esta clasificación, observa Leone que es necesario distinguir, con atinencia a

²⁷ El término “devolutivo” debe entenderse también, en su sentido histórico, en relación a la característica central de los recursos dentro de los regímenes de inspiración absolutista, como restitución, por escalones, de la autoridad central que delegaba en funcionarios inferiores la tarea judicial. El recurso de apelación “devolvía” la facultad delegada hacia quien la había otorgado.

las decisiones judiciales impugnadas, entre “ejecutabilidad” e “irrevocabilidad”; por cierto que la admisión de todo recurso implica que el pronunciamiento cuestionado sea potencialmente revocable, es decir, modificable, por lo que carece de la calidad de cosa juzgada (*res iudicata*); pero todo recurso conlleva la paralización de su ejecutabilidad, cual es el caso de los de efecto no suspensivo o devolutivo.

En tales supuestos, se da una ejecución provisional de lo dispuesto en el decisorio, como acontece con lo ordenado en el auto de procesamiento de los códigos modernos o en el auto de prisión preventiva.

C) *Otras clasificaciones*

También se ha distinguido sobre los medios impugnativos tomando en cuenta el tipo de resolución judicial que atacan; es sobre lo que opina Alcalá Zamora, destacando la simplicidad de este método que permite ordenar la cuestión según se planteen recursos contra resoluciones de mero trámite o interlocutorias (revocatoria), de fondo definitivas (apelación, nulidad, casación ordinaria) y las que denomina de fondo firmes (casación extraordinaria, inconstitucionalidad, revisión).

Además, es posible distinguir de acuerdo al criterio del tribunal que decidirá la impugnación; así, el recurso de revocatoria será tramitado y resuelto por el propio órgano que dictó el decisorio, el de apelación por el tribunal de grado y los de inconstitucionalidad por tribunales superiores, ya fueren provinciales o nacionales.

Por último, puede establecerse una diferenciación en orden a los motivos o materia de la impugnación, según la distinción anteriormente apuntada entre los aducidos *error in procedendo* y *error in iudicando*; por regla general, las impugnaciones refieren a ambos aspectos, cuestionando tanto irregularidades procesales, como elementos valorativos sobre los

hechos y la aplicación del Derecho de fondo, como acontece de la manera más plena en el recurso de apelación. Pero hay casos en que se da sólo la consideración de un aspecto del problema, como acontece en la nulidad. En el recurso de casación sólo se analizan aspectos referentes a la aplicación del derecho y cuestiones interpretativas.

9. Las regulaciones normativas generales en materia de recursos

Los códigos modernos contienen disposiciones de índole general relativas a los recursos, las que disciplinan lo relativo a las características que con anterioridad hemos enunciado.

El Código nacional trata del tema en el Libro IV, considerando el primer capítulo las prescripciones genéricas. Las mismas disciplinan el principio de taxatividad de los recursos, es decir, que estos medios sólo existen en la medida de su regulación y en los casos que se establecen, correspondiendo a quien la misma ley le otorga la facultad y en la medida de un interés directo.

Como ya se indicó, los recursos corresponden a las partes, esto es, al fiscal, al imputado y su defensor, al querellante y a las partes civiles. El fiscal puede incluso recurrir, en los casos establecidos, a favor del imputado. En general, fiscal y defensa tienen una amplia posibilidad recursiva, la que resulta más restringida para el querellante y, especialmente, para el actor civil, quien sólo podrá recurrir en lo concerniente a los límites de su intervención específica, lo que también vale para el demandado civil, aunque su facultad es mayor, ya que puede recurrir en aquellos casos en los que el imputado puede hacerlo, toda vez que la resolución determine su responsabilidad resarcitoria. A la luz de lo señalado en el punto 7, respecto de la recurribilidad de la sentencia emanada del tribunal de juicio, pareciera que el único habilitado para in-

tentar las vías de revisión extraordinaria es el condenado, careciendo la acusación de tal facultad.

Respecto de la interposición, la misma, en todos los casos, debe ajustarse, bajo sanción de inadmisibilidad, a las condiciones de forma prescriptas y dentro de los plazos previstos. En relación a esto último, los términos tienen carácter perentorio, a cuyo vencimiento precluye la facultad recursiva de que se trate. Así mismo, a diferencia de otros digestos, el nacional exige la indicación de los motivos de la impugnación, sin que esto implique la explicitación de los fundamentos y el desarrollo de la cuestión, que será motivo del posterior trámite. El referido requisito proviene de la legislación italiana y tiende a asegurar la existencia de causales objetivas, delimitando ya la cuestión que centrará el análisis pertinente, que podrá ampliarse, pero no modificarse²⁸.

Igualmente, la mayoría de los códigos consagran entre las disposiciones de índole general el instituto de la *adhesión* que permite a la parte que no recurrió, hacerlo dentro de determinados momentos y condiciones del trámite derivado de la interposición de la impugnación efectuada por otra parte, aunque también esta bilateralidad deviene cuestionable en los casos a que se ha aludido, lo que debe integrarse en relación a la *prohibición de "reformatio in pejus"*, que significa que cuando una resolución ha sido recurrida únicamente por el imputado o por su defensa, el decisorio no puede ser modificado en su perjuicio. La Corte Nacional reconoció jerarquía constitucional a esta norma, otorgándole carácter de garantía derivada del artículo 18 de la Constitución Nacional, que prohíbe cualquier género de agravación de la situación derivada de la condena y condiciones de la misma, dictada por el tribunal inferior.

²⁸ LEONE, ob. cit., t. III, p. 87: Señala que los motivos de la impugnación son aquellos "que en relación a la decisión impugnada asuman un contenido de crítica concreta y adecuada a una determinada decisión".

Así mismo los digestos consagran lo que se conoce como *efecto extensivo* de los recursos, entendiendo por tal la circunstancia de que, existiendo en una causa varios imputados, una resolución favorable hacia quien interpuso el recurso abarca también a los restantes encausados, aun cuando no hubiesen recurrido; claro está, siempre que la cuestión no refiera de modo exclusivo a una situación estrictamente personal del beneficiado.

10. Medios impugnativos en particular.

Conceptos y características

De acuerdo con la sistemática adoptada por los códigos procesales argentinos, corresponde analizar ahora los principales recursos.

A) *Revocatoria*

También conocido como recurso de reconsideración, reforma o de reposición. Es un recurso ordinario, que se interpone y tramita por ante el mismo órgano jurisdiccional que dictó la resolución impugnada.

Se ha señalado que este medio impugnativo tiende a evitar dilaciones, eliminando en lo posible la tramitación propia de una segunda instancia y corrigiendo errores en la misma sede en que ocurrieron. Esto mismo explica que, por lo general, su sustentación tenga un carácter ágil, al modo de un procedimiento sumarísimo, procurando una rápida resolución sobre la cuestión planteada. El presunto error que da lugar a la impugnación puede ser de los denominados *in iudicando* o de los que se caracterizan como *in procedendo*, siendo ésta la hipótesis más normal.

Este recurso (también conocido antiguamente como "reforma") aparece legislado en la totalidad de los códigos procesales-penales del país y en la práctica procesal se orienta preponderantemente al ataque de aquellos decisorios ligados

a la tramitación de las causas, ante situaciones en las cuales no ha habido *sustanciación*, entendiendo por tal la relación dialéctica en que los contrarios son escuchados.

Lo propio y específicamente caracterizante de este medio impugnativo es que se interpone, tramita y resuelve por ante el mismo órgano jurisdiccional que dictó el decisorio impugnado; de tal manera, es dicho órgano el que formula los juicios de admisibilidad y de fundabilidad respecto del recurso en cuestión.

Los preceptos legales pertinentes son claros en la caracterización de este medio impugnativo. Por lo común, los decisorios atacables son los denominados interlocutorios, es decir, aquellos que determinan cuestiones del procedimiento o resuelven incidentes. La jurisprudencia ha dejado perfectamente en claro que este recurso no procede contra sentencias ni contra autos. A su vez, el artículo 440 del Código Procesal Penal de la Nación disciplina que durante la etapa del juicio sólo procede este recurso.

El plazo para la interposición del recurso en el procedimiento escrito es de tres días, contados desde la notificación de la providencia impugnada. Cuando se trata de una resolución dictada en el transcurso de una audiencia, deberá ser en forma inmediata. El recurso, en el primer supuesto por escrito, deberá plantearse con la correspondiente fundamentación. Por lo general, el juez correrá vista a los interesados, salvo el caso de "providencias o autos dictados de oficio o a pedido de la misma parte recurrente" (art. 418, C. P. P. S. F.) en que se resolverá sin sustanciación.

Los códigos del sistema mixto establecen que el tribunal resolverá previa vista a los interesados.

En los supuestos en que la impugnación hubiese sido deducida por escrito, el juez o tribunal resolverá la cuestión dentro de los tres días y cuando se trate de un planteo durante audiencia, en el mismo acto.

La resolución hará ejecutoria para el recurrente, salvo en los casos en que se hubiese deducido el recurso de apelación subsidiaria y conjuntamente, y la misma resultare procedente.

B) *Apelación*

Es el más difundido de los recursos ordinarios y se orienta a un nuevo examen de las cuestiones motivo de la impugnación ante un tribunal de grado superior al que dictó la resolución recurrida, lo que supone tanto una organización judicial jerárquica como la existencia de procedimientos protocolizados a través de actas.

Los antecedentes históricos de este medio impugnativo, a los que ya hemos hecho referencia, son remotos, encontrándose ya en el Derecho Romano y luego durante todos los tiempos medios. Por sus mismas modalidades, se encuentra ligado al procedimiento escrito, dentro del cual cobra su completo sentido, y en su particular desarrollo apareció fundamentalmente como un modo de control judicial del superior sobre los tribunales o jueces inferiores.

El recurso que consideramos implica la organización de la justicia a través de un juez de tramitación o instancia, también llamado de conocimiento y de sentencia, y un tribunal de grado, revisor o de segunda instancia, facultado este último para modificar lo decidido por el inferior.

Se ha discutido sobre la naturaleza de esta segunda instancia, como así también en torno a las características jurídicas, amplitud y límites de la apelación, advirtiéndose posiciones que van desde la admisión de prácticamente una nueva discusión plena del objeto procesal, a posturas más restrictivas que limitan la materia que es dable someter a la revisión de la alzada.

Leone define al recurso de apelación como “el medio de impugnación por el cual una de las partes pide al juez de

segundo grado una nueva decisión sustitutiva de una decisión perjudicial del juez de primer grado”²⁹.

La doctrina ha justificado la existencia de la segunda instancia en la necesidad de debido contralor, en las posibilidades derivadas de un nuevo y más atento examen de las cuestiones decididas y, sobre todo, en la corrección de errores por parte de un cuerpo colegiado, por lo general compuesto por magistrados de mayor jerarquía dentro de las particularidades de la carrera judicial. Como crítica, especialmente a lo que refiere al concepto amplio, se ha dicho que se repite el proceso, con demoras y alargamientos perniciosos para la conclusión de las causas y aparece como derivación de ideas organizativas más ligadas a las formas absolutistas que a los modos de control democrático.

El recurso de apelación procedía contra las sentencias definitivas de los procedimientos escritos y contra los autos interlocutorios cuyo decisorio causara a la parte un agravio irreparable, es decir, que no podía ser reparado por la sentencia o que importasen la paralización del proceso o del incidente. Dentro del actual sistema mixto, son apelables los autos instructorios.

En el anterior esquema recursivo resulta evidente que el de apelación era el medio impugnativo de mayor importancia y otorgaba a las cámaras de apelación un indiscutible protagonismo. Al generalizarse el juzgamiento oral de única instancia, el recurso perdió trascendencia, limitándose ahora a determinados autos instructorios; así mismo, la tendencia predominante hacia la sustitución de la instrucción formal mediante la investigación fiscal preparatoria permite vaticinar para el recurso de apelación una paulatina desaparición.

Este medio impugnativo se interpone por ante el propio órgano que dictó la resolución y dentro de un plazo perentorio e improrrogable, que en el Código nacional es de tres días a

²⁹ LEONE, *Tratado...* cit.

contar desde que se conoció el decisorio impugnado. La referida interposición puede hacerse mediante un escrito o bien en diligencia, no existiendo habitualmente exigencias en cuanto a las formas, aunque no podemos olvidar lo atinente a la necesidad de la mención de los motivos. La admisión del recurso corresponde al mismo juez ante quien se interpuso; en el supuesto de que fuere denegado, asiste al interesado únicamente el recurso de queja. Al concederse la apelación, el juez apelado pierde jurisdicción sobre la causa, correspondiendo la misma al tribunal de grado con competencia y en turno.

El Código nacional, en su artículo 451, establece la exigencia del "emplazamiento" a mantener el recurso, cuestión que aparece como un requisito formal destinado únicamente a la complicación de los trámites y a generar motivos para eliminar la tramitación de las causas. Si el recurso se mantiene, el tribunal de grado convocará a las partes a una audiencia a los efectos de informar.

En la anterior formulación del recurso de apelación, se distinguía entre los modos libre y en relación. Estas modalidades generaban diferentes procedimientos en el trámite ante la alzada; en lo que respecta al primero, los plazos eran más amplios, pudiendo incluso las partes pedir la apertura a prueba cuando se alegare algún hecho nuevo o bien cuando por motivos ajenos a la voluntad del solicitante no se hubiere realizado la ofrecida en primera instancia. Cuando se produjera prueba ante el tribunal de grado, las partes podían alegar sobre la misma. Lo fundamental de esta modalidad es que el tribunal *ad quem* llevaba a cabo un examen total de la causa, considerándola en todos sus aspectos y analizando la pertinencia y corrección al respecto de lo decidido por el juez *a quo*. En cambio, en el modo en relación, amén de una sustanciación con plazos más breves y oportunidades más restringidas, el examen se limitaba a la cuestión sometida

en particular al tribunal, esto es, un aspecto determinado del proceso, como ser la procedencia del procesamiento, de la prisión preventiva, etcétera. Ello explica que en ocasiones la causa principal no se paralizara, continuando su tramitación ante el juzgado originario y remitiéndose las copias que correspondan al tribunal *ad quem*. En la actualidad, dado que sólo opera la apelación contra autos, la única modalidad es la conocida como "en relación".

La impugnación se concretaba ante el tribunal de grado por medio de los escritos respectivos, denominados expresiones de agravio, en los que el apelante fundaba en forma concreta y determinada los motivos y argumentos de su disenso con el pronunciamiento del inferior; en la legislación vigente, se autoriza que el informe respectivo pueda ser oral o mediante escrito. Esto último significa que no se trata de enunciar una mera disconformidad o de efectuar simples remisiones a presentaciones anteriores, sino que las piezas en cuestión deberán bastarse a sí mismas y estructurar contenidos claros, ya fuere con respecto a los hechos y/o al derecho que basen los motivos que sostienen la pertinencia de la modificación por parte de la alzada del decisorio del juez apelado³⁰.

C) Nulidad

Estudiamos la nulidad como una sanción procesal que resta eficacia o priva de sus efectos al acto o a los actos procesales irregulares; toca ahora analizar la cuestión desde la óptica de los medios impugnativos. Sobre esto, debe señalarse que la impugnación fundada en una actividad procesal formalmente defectuosa, no siempre aparece reglada específicamente, ya que desde antiguo se sabe y acepta que el recurso de apelación conlleva el de nulidad. Es lo que dispone el artículo 420 del Código Procesal Penal de Santa Fe: "El recurso de apelación, que lleva implícito el de nulidad...", por

³⁰ ODERIGO, Mario, *Derecho Procesal Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1974.

lo que todo lo dicho en la consideración del procedimiento del señalado recurso, resulta aplicable a éste.

El recurso de nulidad procede contra resoluciones dictadas en violación de las formas prescriptas por la ley y, como norma general, en aquellos casos en que resulta procedente el recurso de apelación (arts. 161, 162 y concs., C. P. P. S. F.). La nulidad puede ser declarada aun de oficio "en cualquier estado y grado del proceso cuando implique violación de normas constitucionales o lo establezca expresamente la ley" (art. 164, segundo párrafo).

En el escrito de expresión de agravios, la impugnación de nulidad debe ser planteada en forma expresa. A diferencia de lo que ocurre con la apelación, aquí se trata únicamente de errores relativos a la regularidad del proceso.

La declaración de nulidad sobre la resolución impugnada implica la privación de los efectos jurídicos del acto o resolución de que se trate y de todos aquellos que aparezcan como consecuencia de lo anulado. Ello lleva a que, por lo general, corresponda retrotraer la causa hasta el último acto válido anterior al anulado; para el dictado de la resolución que, conforme a derecho, sustituya la anulada, los autos son enviados al juez de sentencia, por lo habitual al que sigue en el orden de turno al que produjo el acto irregular.

Lo anteriormente señalado explica que para que proceda la declaración de nulidad, el tribunal de grado debe encontrar en la resolución atacada un perjuicio que no pueda ser reparado de otra manera y que la forma violada (por lo general de fundamental incidencia en orden a la regularidad del proceso) prevea una situación de interés para el recurrente quien, en ningún caso, deberá haber contribuido a la irregularidad.

Como es sabido, la cuestión de la regularidad de los actos procesales y la eliminación de los efectos de aquellos llevados a cabo fuera de las condiciones exigidas, es un aspecto fundamental en orden a la observancia de las reglas que con-

forman el debido proceso, por lo que tiene una directa incidencia garantista y se relaciona de modo estrecho con los principios constitucionales. De ahí que la validez e invalidez de los actos procesales y el tema de las nulidades ocupe un lugar preponderante en orden a la legalidad procesal, como ha sido correctamente destacado por la doctrina³¹. Así mismo, la cuestión aparece actualmente como una de las materias que integran la competencia de los tribunales de casación.

D) *Queja*

Ha sido denominado también como recurso directo o de hecho. Hay algunas opiniones en el sentido de que este medio impugnativo tendría carácter extraordinario, ya que procede en supuestos que pueden considerarse como de excepción, pero sin embargo, en algunas legislaciones aparece consagrado entre los procedimientos impugnativos normales. El tema resulta discutible, debiendo advertirse también que más que un recurso en sí mismo es un procedimiento para llegar a la alzada.

El supuesto tradicional que hace procedente la interposición del señalado medio impugnativo es la denegatoria de un recurso ante un tribunal de alzada por parte del órgano ante el cual fue planteado. Como se advierte con claridad, el remedio tiende a impedir que el juez o tribunal inferior sea árbitro exclusivo de la viabilidad del recurso, impidiendo con la inadmisibilidad que el recurrente pueda llegar con la cuestión al tribunal de grado superior. De ahí que pueda considerarse como una garantía de seguridad procesal en orden a evitar la posibilidad de una arbitrariedad o de un exceso de discrecionalidad que prive a la parte del derecho a la segunda instancia.

³¹ MAIER, Julio B. J., *Función normativa de la nulidad*, Depalma, Buenos Aires, 1980; CREUS Carlos, *Invalidez de los actos procesales penales*, Astrea, Buenos Aires, 1992.

Quienes señalan que es un remedio extraordinario (Chiappini), aducen con fundamento que el recurso debe interponerse en forma directa (de ahí su nombre) ante el tribunal de grado superior al que denegó la apelación.

El Código santafesino legisla el tema en relación a la apelación, en su artículo 444, inciso 1º, fijando el procedimiento en el artículo 445: "Si la apelación fuere denegada, el interesado podrá presentarse en queja ante la Cámara de Apelación dentro de los tres días de notificada la resolución a fin de que la declare mal denegada. Dicho plazo será de cinco días cuando el tribunal no tuviese su sede en el mismo lugar que el juez actuante".

La interposición de este medio impugnativo tiende a lograr la apertura de la instancia superior y la consecuente intervención de la alzada. De ahí que una vez interpuesto, se ordenará al juez de primera instancia la producción de un informe sobre los motivos de la denegatoria de la apelación, pudiendo también solicitarse la remisión de las actuaciones para el correspondiente examen de las mismas para verificar si la decisión se ajusta o no a los elementos pertinentes.

El tribunal de grado resolverá luego (por lo general dentro de los cinco días) mediante auto fundado. Si se admite la queja, se declarará mal denegada la apelación, resolviéndose la pertinencia de esa impugnación y estableciéndose el modo y efectos de la apelación, comunicándose lo decidido al juez *a quo*, quien procederá a notificar a las partes y remitir las actuaciones a la sala que corresponda para que se tramite la apelación. Si, en cambio, se desestimare la queja, quedará confirmada la denegatoria.

Se coincide en señalar que la resolución que deniega la apelación y a partir de la cual se cuenta el plazo para la interposición del recurso directo, es de aquellas de notificación automática.

La queja debe fundarse por escrito y bastarse a sí misma.

El artículo 444 del Código de Santa Fe prevé en su inciso 2º otro supuesto que hace viable el planteamiento del recurso directo y que se da cuando el órgano jurisdiccional encargado de dictar resolución dejare transcurrir los plazos correspondientes sin hacerlo. Procede luego de haberse interpuesto el pedido de pronto despacho. La cuestión aparece regulada en el artículo 446: "Vencido el término en que se deba dictar resolución, el interesado podrá deducir pronto despacho y si dentro de tres días no la obtuviere, podrá interponer queja por el retardo ante el superior".

El tribunal *ad quem* ordenará al *a quo* que presente un informe y si sobre la base de los elementos de juicio se determinare que la queja resulta procedente, el tribunal fijará el plazo para que el inferior dicte la resolución que se le reclama.

Procedimientos similares se encuentran previstos en diferentes códigos en relación a la denegatoria de la casación y de los recursos de inconstitucionalidad.

En el proyecto modificadorio santafesino, se eliminó este procedimiento, sustituyéndoselo por el correspondiente a presentar el recurso pertinente de modo directo ante el órgano superior.

E) Casación

El tema relativo a la casación ofrece una amplitud singular, ya que toca múltiples aspectos relativos a la aplicación e interpretación del derecho³².

Evidentemente, desde la óptica seguida en este trabajo, debemos circunscribir el análisis a la casación como medio impugnativo específico regulado en los códigos que disciplinan el juicio oral.

Dentro de la estructura del plenario oral, la sentencia es

³² VAZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo, *En torno a la casación*, en *Revista de la Facultad de Derecho*, Universidad Católica, Santa Fe, 1982.

dictada por un tribunal colegiado que, sobre la base de los hechos meritados a través de la intermediación, aplica el derecho. Esta especial metodología hace que, por una parte, se asegure la garantía de debida ponderación, ya que la decisión corresponde no sólo a una persona, sino a tres, con jerarquía de camaristas, y por la otra, convierte la eventual apelación (nuevo examen de hechos y derechos sobre la base de las constancias del expediente) en impracticable, dado que el tribunal superior no tiene manera de controlar la meritación de las probanzas de hecho, ya que han regido durante el curso del debate los principios de concentración e intermediación y no se han protocolizado registros. De ahí que, como indicamos, el recurso de casación aparezca regulado como medio impugnativo propio contra sentencia definitiva en los códigos mixtos.

Razones de seguridad llevaron al legislador a que, siguiendo el modelo italiano, estableciera la posibilidad de impugnaciones contra las resoluciones definitivas de estos tribunales colegiados, lo que se estructuró como recurso de casación, el que aparece en todos los cuerpos rituales del sistema.

En el proceso italiano esta impugnación es un medio ordinario, devolutivo y suspensivo, según afirma Leone, quien lo define como "el medio de impugnación por el cual una de las partes, por motivos específicamente previstos, pide a la Suprema Corte de Casación la anulación de una sentencia que le es desfavorable"³³. Los motivos que dan base al recurso son la inobservancia o errónea aplicación de la legislación sustantiva, el ejercicio jurisdiccional de potestades reservadas al Poder Legislativo o Administrativo y el no cumplimiento de disposiciones procesales fundamentales.

El tema de los orígenes y evolución histórica de la casación, como así también su particular significación política, han ocu-

³³ LEONE, *Tratado...* cit.

pado largamente a la doctrina³⁴, pero hay coincidencia en encontrar los comienzos del instituto dentro del Derecho monárquico francés, donde se desarrolló como una importante herramienta de control del poder central que recurría a este medio para anular fallos cuando aparecían contrarios a las regulaciones regias. Al producirse la Revolución y la posterior transformación del ordenamiento jurídico, el esquema formal de la casación se puso en función de las nuevas reglas de juego y fue empleado para “defender la ley de las transgresiones de los jueces”³⁵, de manera coherente con la idea de supremacía de las leyes y estricta limitación del poder de los jueces. El *Tribunal de Cassation* es creado en 1790, reemplazando al *Conseil des Parties* del anterior régimen monárquico. El organismo no tenía carácter jurisdiccional, sino que aparecía como un órgano de vigilancia de la ley y de control de la obediencia a la legislación por parte de los jueces, de quienes justificadamente se desconfiaba por su adhesión a las anteriores concepciones. De acuerdo con ello, sus decisiones eran de índole invalidante, anulando los pronunciamientos judiciales que se entendían apartados de la legislación vigente y reenviándolos para un nuevo juicio.

La posterior evolución fue conduciendo a transformar el organismo en un verdadero órgano jurisdiccional, ubicado en

³⁴ AGRELO, Emilio, *La casación en materia penal*, Buenos Aires, 1950; BERTOLINO, Pedro, *Compendio de la casación penal nacional*, Depalma, Buenos Aires, 1995; CALAMANDREI, Piero, *Casación civil*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1945; CLARIA OLMEDO, Jorge, *La casación penal*, en *Enciclopedia Jurídica Omeba*, t. II; DE LA RUA, Fernando, *El recurso de casación*, Zavallá, Buenos Aires, 1968, y *La casación penal*, Depalma, Buenos Aires, 1994; HITTERS, Juan Carlos, *Técnica de los recursos extraordinarios y la casación*, Platense, La Plata, 1984; LEONE, cit.; LUGONES, Narciso y DUOGO, Sergio, *Casación penal y recurso extraordinario*, Depalma, Buenos Aires, 1993; LUZON CUESTA, José María, *El recurso de casación penal*, Colex, Madrid, 1993; MORELLO, Augusto Mario, *La casación, un modelo intermedio eficiente*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1993, y *La casación*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983; SARTORIO, José, *La casación argentina*, Depalma, Buenos Aires, 1951.

³⁵ DE LA RUA, *La casación penal* cit., p. 12.

la primera jerarquía de la organización judicial, actuando como intérprete de la ley y procurando la unificación jurisprudencial, lo que se acentúa en la conformación que toma la casación dentro del Derecho italiano, cuyo modelo —como ya se dijo— es tomado como base del proyecto cordobés de 1939 que la introduce en la materia penal del país.

Dentro de nuestro Derecho, el recurso de casación tiende, en palabras de Clariá Olmedo³⁶ a “la justa aplicación de la ley penal”. Núñez destaca que se trata de un medio impugnativo de carácter extraordinario por ante el Superior Tribunal de Justicia que procede contra las decisiones definitivas de las cámaras en lo penal. “El de casación es un recurso extraordinario porque no implica la posibilidad del examen y resolución *ex novo* de la cuestión justiciable, en todos sus aspectos de hecho y de derecho, por el tribunal *ad quem*, sino únicamente el examen y resolución por éste de la ley procesal o sustantiva hecha, en el caso, por el tribunal *a quo*”³⁷. En consecuencia, remedia únicamente errores en orden a la interpretación y aplicación del derecho, ya sea en sus aspectos procesales o sustantivos.

Los hechos configurados como verdad jurídica por la sentencia del tribunal de trámite son inmovibles y no revisables por el tribunal que entiende en el recurso. Clariá Olmedo dice al respecto que tales cuestiones son las que refieren a la existencia o inexistencia del “hecho en cuanto acontecimiento histórico”, como así también las relativas a la atribución del mismo al imputado y las circunstancias fácticas calificantes. Por el contrario, resultan materia del recurso “las conclusiones referentes al elemento lógico de las comprobaciones de hecho, en cuanto esas conclusiones se correspondan o no con las premisas que se hayan sentado”, las

³⁶ CLARIA OLMEDO, *La casación penal* cit., p. 806.

³⁷ NUÑEZ, Ricardo C., *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba anotado*, Lerner, Córdoba, 1978.

decisiones que hacen al encuadre legal efectuado y las que determinan la calificación de la conducta. En estos casos, el tribunal de casación puede revocar por sí el pronunciamiento impugnado.

En lo que toca a la violación o irregularidad de índole procedimental, corresponde —si se acogen los agravios— declarar la nulidad de lo actuado por el inferior, procediéndose al reenvío para el dictado de un nuevo fallo por el órgano jurisdiccional de trámite o por el que le siga en turno.

Las disposiciones legales enumeran taxativamente los motivos que dan lugar al recurso de casación los que, en lo fundamental, implican violaciones a la ley, ya fuere en sus aspectos sustantivos o formales (art. 456, C. P. P. N.)

En lo que atañe al trámite, el recurso de casación se interpone, como ocurre con la apelación, ante el tribunal que dictó la resolución dentro de los diez días de notificado el interesado. Debe presentarse mediante escrito especial, con firma de letrado, citándose concretamente las disposiciones legales que se entiendan violadas o erróneamente aplicadas y la solución que se entiende corresponde. Esto significa que el escrito de interposición debe bastarse a sí mismo, sin que puedan efectuarse remisiones o meras menciones, ni, luego, introducirse variaciones o ampliaciones respecto de los motivos planteados (art. 463, C. P. P. N.).

Cuando el recurso sea concedido se elevará el expediente al Tribunal Superior, que en el orden nacional es el Tribunal de Casación. Si éste lo declara admisible, y por lo común luego de un plazo en el que las partes pueden examinar las actuaciones y mejorar sus anteriores fundamentos (art. 466, C. P. P. N.), el presidente del tribunal fijará día de audiencia para que las partes interesadas expresen, en forma oral, sus posiciones. Después de la audiencia, los miembros del tribunal se reunirán a deliberar, dictándose sentencia dentro del plazo máximo de veinte días (art. 469, C. P. P. N.). Si la sentencia

impugnada se considerase violatoria de la ley, ya fuere por inobservancia o errónea aplicación de las disposiciones sustantivas, el tribunal la casará, resolviendo conforme a lo que en derecho corresponda. Si, como ya indicamos, se tratara de una nulidad, se remitirán los autos al tribunal competente para que se dicte un nuevo decisorio regular.

F) *Inconstitucionalidad (legislación provincial)*

Como consecuencia del régimen de gobierno federal que impera en la Argentina, los Estados provinciales cuentan con sus respectivas constituciones; estos textos legales, en consonancia con el nacional, son ley suprema dentro del ámbito de cada provincia, avanzando en algunos casos sobre las líneas de desarrollo garantista de la misma Constitución Nacional.

De ahí que, cuando un decisorio jurisdiccional del ámbito de la respectiva provincia aparezca violatorio de una disposición de jerarquía constitucional, se arbitre el pertinente recurso por ante el máximo tribunal de que se trate, al que compete el contralor de constitucionalidad, el que a través de doctrina judicial de la Corte nacional resulta superior tribunal de la causa, imprescindible a los efectos del tránsito hacia la habilitación del eventual recurso federal.

Los códigos del sistema mixto consagran este medio impugnativo extraordinario entre sus disposiciones, mientras que en la Provincia de Santa Fe aparece regulado en una ley específica (ley 7055).

El artículo 505 del anterior Código Procesal Penal de Córdoba, y actual 483, dice: "El recurso de inconstitucionalidad podrá interponerse contra las sentencias definitivas o autos mencionados en el artículo 491 [actual 469], cuando se cuestione la constitucionalidad de una ley, decreto, reglamento o resolución que estatuyan sobre la materia regida por la Constitución de la Provincia, y la sentencia o el auto fuere contrario

a las pretensiones del recurrente". En parecida forma, el artículo 445 del Código Procesal Penal de La Pampa. Los autos a que se hace referencia son los que ponen fin a la acción o a la pena, o hagan imposible que continúen, o que denieguen la extinción, conmutación o suspensión de la pena.

La doctrina coincide en que los presupuestos legales para el recurso de inconstitucionalidad son que en el caso haya habido un pronunciamiento jurisdiccional que clausure la instancia y que aplique, considerándola válida, alguna disposición legal (en sentido amplio) que el recurrente haya sostenido como contraria a un precepto constitucional. Esto significa que lo que se ataca no es la decisión jurisdiccional impugnada (como ocurre en los supuestos de los recursos de apelación y de casación), sino el fundamento legal en que se basa esa decisión. Lo que se cuestiona y se impugna a través de este medio específico es la ley en sí misma.

Para que proceda el recurso, es condición fundamental que este cuestionamiento haya sido planteado por la parte interesada en la primera oportunidad procesal donde el tema haya surgido, y mantenido a través de las instancias siguientes.

El trámite es similar al estudiado con respecto al recurso de casación.

En Santa Fe, la materia está regida por la ley 7055, cuya reglamentación tiene mayor amplitud que lo apuntado precedentemente. La cuestión es de antigua estirpe dentro de la provincia³⁸, ya que existieron antecedentes de importancia, y en la estructuración normativa se advierte que se han tomado en cuenta aspectos elaborados por la doctrina judicial de la Corte nacional.

³⁸ Sobre el particular, ver: ROVERE, Carlos y ULLA, Decio, *El recurso de inconstitucionalidad en la Provincia de Santa Fe*, en *Juris* 30-251; MARTINEZ, Hernán J., *El recurso de inconstitucionalidad en la Provincia de Santa Fe*, Zeus, Rosario, 1981.

El artículo 93, inciso 1º, de la Constitución Provincial confiere en forma exclusiva a la Corte Suprema de Justicia competencia para el tratamiento de los recursos de inconstitucionalidad que se interpongan contra pronunciamientos definitivos de los tribunales provinciales.

Se trata de un recurso extraordinario, de carácter excepcional, supeditado al cumplimiento de diversas condiciones, que no constituye una tercera instancia y que, como lo ha señalado la jurisprudencia, no implica un nuevo debate de cuestiones ya resueltas, sino que se dirige a mantener jurisdiccionalmente la vigencia de las normas constitucionales.

El artículo 1º de la ley 7055 establece que procederá el recurso contra sentencias definitivas que no admitan revisión ordinaria ulterior y contra “autos interlocutorios que pongan término al pleito o hagan imposible su continuación”, siempre y cuando “se hubiere cuestionado la congruencia con la Constitución de la Provincia de una norma de jerarquía inferior y la decisión haya sido favorable a la validez de ésta” (inc. 1º); “cuando se hubiere cuestionado la inteligencia de un precepto de la Constitución de la Provincia y la decisión haya sido contraria al derecho o garantía fundado en él” (inc. 2º) y “cuando las sentencias o autos interlocutorios mencionados no reúnen las condiciones mínimas necesarias para satisfacer el derecho a la jurisdicción...” (inc. 3º), entendiéndose por tal lo que hace a la noción de arbitrariedad.

En todos estos casos resulta fundamental que la decisión dependa de la cuestión constitucional planteada, debiendo la misma haber sido introducida por la parte interesada en la primera oportunidad procesal válida, y mantenida posteriormente.

El recurso se interpone ante el tribunal que dictó la resolución definitiva y dentro de los diez días hábiles siguientes a la notificación. Deberá hacerse por escrito en pieza fundada, tratando separadamente los presupuestos formales y los de

fondo. El escrito deberá ser autosuficiente y se acompañará copia. Del mismo, se correrá traslado a la contraparte, a fin de que se expida al respecto. Con tales elementos, el tribunal resolverá sobre su admisibilidad; si lo concede, elevará el expediente a la Corte Suprema, la que dará vista al procurador general para que dictamine sobre dicha admisibilidad, dictándose luego providencia de autos. Si el tribunal deniega el recurso, la parte interesada puede presentarse en queja ante la Corte, rigiendo al respecto el procedimiento del recurso directo. La concesión del recurso produce efectos suspensivos sobre la decisión impugnada.

G) *Recurso extraordinario federal*

La procedencia del mismo se desprende de la supremacía de la Constitución Nacional (art. 31). Aparece regulado en una de las más antiguas leyes aún vigentes, la 48 de 1862, que en sus artículos 14 y 15 trata sobre la materia; breves disposiciones sobre el trámite han sido incluidas en el actual Código Procesal Civil y Comercial de la Nación³⁹, siendo también considerado en el actual Código Procesal Penal de la Nación en los artículos 474 y 475.

Pero, fundamentalmente, todo lo atinente al recurso extraordinario federal ha ido surgiendo a lo largo de años por obra de la propia elaboración jurisprudencial del tribunal encargado de sustanciarlo, es decir, la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

El recurso extraordinario compete, como se dijo, a la Corte nacional, máximo grado jurisdiccional del país, que actúa como tribunal de alzada por sobre cualquier tribunal en el cual se haya decidido una cuestión federal, es decir, un caso en el que se haya encontrado en juego algún derecho, garantía, disposición o principio constitucional.

³⁹ Aunque son varios los proyectos, retomados en la actualidad, de una reforma integral.

El linaje de esta organización judicial y del recurso extraordinario es de procedencia norteamericana y es de advertir que la evolución de creación pretoriana generada sobre el tema pareciera estar más cerca de los parámetros del Derecho anglosajón que de las características del sistema continental que, en general, configura a nuestro ordenamiento jurídico.

Con anterioridad a la creación del Tribunal Nacional de Casación, el recurso extraordinario registró una considerable ampliación, no sólo en lo que refiere a los criterios y causales de admisión, sino también en lo que atañe a la incidencia de los fallos del máximo tribunal, bastando citar —con relación a nuestra materia— el difundido caso “Montenegro” y los que ahondaron en aspectos operativos de las garantías procesales, como oportunamente ha sido considerado.

Por cierto que la problemática del recurso extraordinario federal es una de las más interesantes dentro del campo de los estudios jurídicos, dando lugar a una rica elaboración doctrinaria⁴⁰.

El recurso en cuestión procede contra pronunciamientos definitivos de tribunales superiores de la causa de que se trate; por pronunciamientos debe entenderse no sólo las sentencias en sentido estricto, sino también aquellos que por su

⁴⁰ BIELSA, Rafael, *Derecho Constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1959; CARRIO, Alejandro, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1984; CARRIO, Genaro, *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978; D'ALBORA, Francisco, *La justicia federal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968; GIMENO SENDRA, Vicente, *Constitución y proceso*, Tecnos, Madrid, 1988; HITTERS, ob. cit.; LUGONES, Narciso, *Recurso extraordinario*, Depalma, Buenos Aires, 1992; MORELLO, Augusto Mario, *El recurso extraordinario*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987; del mismo autor, *La Corte Suprema en acción*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1989, y *Temas de casación y recurso extraordinario*, Platense, La Plata, 1982; PALACIO, Lino Enrique, *El recurso extraordinario federal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992; RAMOS MENDEZ, Francisco, *El proceso penal. Segunda lectura constitucional*, Bosch, Barcelona, 1991; SAGÜES, Pedro, *Recurso extraordinario*, Depalma, Buenos Aires, 1984; ZAVALIA, Clodomiro, *Derecho federal*, Kraft, Buenos Aires, 1941.

índole y consecuencias “pueden llegar a frustrar el Derecho Federal invocado, acarreando perjuicios de imposible o tardía reparación ulterior” (*Fallos*: 272:188; 292:202).

La impugnación debe girar en torno a un agravio constitucional, el que a tenor de la misma interpretación de la Corte puede darse no sólo por la violación de los principios, derechos y garantías, sino también por arbitrariedad y gravedad institucional⁴¹.

Cuando la Corte entiende que en el caso planteado una resolución de cualquier tribunal superior en la causa implica desconocimiento de derechos y garantías constitucionales, o bien carece de la debida motivación o sustentación suficiente, habilita la instancia extraordinaria. Esta competencia se limita a las cuestiones federales introducidas y mantenidas por el recurrente. Es un remedio excepcional que en manera alguna implica una tercera instancia; al respecto, se ha señalado que mientras en la casación lo que se impugna es una incorrecta aplicación de la ley, aquí se impugna la ley misma por entenderse la contraria a la Constitución⁴² igualmente, debe existir agravio concreto, no susceptible de remedio por otra vía y tiende, en lo fundamental, a asegurar la supremacía de la Constitución. Al respecto, ha dicho la misma Corte: “La misión de la Corte Suprema en custodia de las garantías constitucionales le impone, como deber inexcusable, asegurar que todo individuo pueda hacer uso del derecho de apelar ante ella mediante el recurso extraordinario en el caso que estime conculcados los derechos que la Constitución reconoce”⁴³.

Con atinencia a problemas penales, la Corte manifestó:

⁴¹ Ver CARRIO, Genaro, *El recurso extraordinario por sentencia arbitraria*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1978; BARRANCOS Y VEDIA, Fernando, *Recurso extraordinario y gravedad institucional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1969.

⁴² VELEZ MARICONDE, *Exposición de motivos al Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza*, p. 68.

⁴³ Ver L. L. 1977-B-484.

“Media cuestión federal bastante para su examen en la instancia de excepción, si además de los aspectos de interés institucional involucrados en la causa, se ha declarado la inconstitucionalidad de procedimientos, a los que se reputó violatorios de la garantía del artículo 18 de la Constitución Nacional”⁴⁴.

La cuestión federal, base del recurso extraordinario, debe plantearse en el proceso tan pronto como la misma surja. Como ha sido señalado, dicha cuestión debe ser introducida al advertirse la posibilidad de violación de la norma constitucional “en la futura decisión y en el primer acto de defensa o alegación que la ley ritual permita realizar al que se considere afectado”⁴⁵. La regla es que el problema sea articulado de tal manera que el tribunal ordinario pueda examinar el tema y sólo excepcionalmente después de la sentencia final, cuando el tema constitucional surja con motivo de la misma.

El escrito de interposición debe tener fundamentos autónomos, es decir, ser autosuficiente, y evidenciar la relación de los hechos de la causa con el agravio constitucional. Como ha dicho la Corte: “El escrito de interposición del recurso extraordinario debe contener una crítica prolija de la sentencia impugnada, debiendo rebatirse todos y cada uno de los argumentos en que se apoya el *a quo* para arribar a las conclusiones que motivan los agravios”⁴⁶. Al mismo tiempo, cumpliéndose los requisitos de fondo y forma antedichos, no es menester acudir a fórmulas sacramentales.

El recurso debe interponerse por ante el tribunal impugnado; si éste lo concede, elevará los autos a la Corte; en el caso de que lo deniegue, el interesado puede acudir en queja o recurso directo.

⁴⁴ Ver J. A. 1974-22-338.

⁴⁵ GONZALEZ NOVILLO Y FIGUEROA, Federico, *El recurso extraordinario en materia penal*, Lerner, Buenos Aires, 1982.

⁴⁶ C. S. J. N., 13-8-74, *in re* “Bernucchi, Gabriel”.

Por último, es importante señalar que el recurso extraordinario federal ha significado en nuestro ordenamiento jurídico una forma de contralor jurisdiccional de extrema importancia, actuando en casos el máximo tribunal como órgano de casación constitucional y significando un avance creativo y profundo sobre las cuestiones fundamentales de la aplicación del derecho.

La importancia de una interpretación del verdadero espíritu constitucional, que en algunos momentos de la mejor historia institucional argentina cumplió verdaderamente este alto organismo, resulta fundamental para el afianzamiento y profundización del Estado de Derecho. Desgraciadamente, no siempre ha sido así y en más de una ocasión la Corte ha aparecido como subordinada al poder político y asaz renuente a cumplir con el mandato de vigilancia e interpretación creativa que la misma Constitución le confiere.

H) *Recurso de revisión*

Es un recurso excepcional, verdaderamente extraordinario, que tiende a paliar injusticias notorias y que aparece justificado por los valores en juego dentro del proceso penal. Lo particular de este medio impugnativo es que procede en contra de sentencias firmes, pasadas en autoridad de cosa juzgada, para hacer cesar los efectos de ésta; de ahí su excepcionalidad, supeditada a estrictos requisitos, lo que ha llevado a que se sostenga que más que un recurso propiamente dicho, la revisión aparece como una acción con características específicas.

El Código nacional lo regula en el artículo 479, enumerando en cinco incisos los supuestos de procedencia. Del análisis de los mismos surge que:

- a) Corresponde de modo exclusivo al condenado;
- b) puede plantearse en cualquier tiempo;
- c) se dirige contra sentencia firme;

- d) cuando los hechos sobre los que se asentó el pronunciamiento aparezcan contradichos por otra sentencia firme o se hubieren fundado en prueba falsa, declarada tal en otro fallo firme;
- e) cuando la sentencia condenatoria hubiera sido producto de actos delictivos (prevaricato, cohecho, etc.) declarados tales en sentencia firme;
- f) cuando surjan o se descubran hechos nuevos que evidencien que el hecho atribuido no existió o que el condenado no lo cometió, y
- g) cuando el hecho encuadra dentro de norma penal más favorable o corresponda aplicar de modo retroactivo ley penal más benigna.

El artículo 489 del Código Procesal Penal de Santa Fe, dice: "La acción de revisión procederá, en todo tiempo y en favor del condenado, para perseguir la anulación de la sentencia firme". En parecida forma es definido por el artículo 450 del Código Procesal Penal de La Pampa, y los restantes del sistema.

La doctrina discute la naturaleza jurídica y características de este recurso que, para algunos autores, no es verdaderamente tal, sino una facultad taxativamente concedida para la reapertura o nuevo examen de un proceso finiquitado. Igualmente, se ha también polemizado sobre si resulta aceptable la posibilidad de una modificación de algo que se encuentra jurídicamente firme, esgrimiéndose al respecto razones diversas. Lo cierto es que el conocimiento de casos de graves errores judiciales, de los que la historia da cuenta, ha llevado al arbitrio de este medio excepcional dirigido, precisamente, a dejar una puerta abierta a favor del condenado y también de la verdad real. Sobre el particular, la doctrina italiana ha señalado que la revisión se orienta de acuerdo con el *favor rei* y tiende a hacer triunfar la justicia sustancial

o material sobre la formal. En tal sentido argumentaron Manzini y Leone y, entre nosotros, la doctrina clásica.

El recurso o acción sólo procede contra sentencias condenatorias y encuentran legitimación activa para interponerlo el condenado y el representante del Ministerio Público; el primero, en forma personal o por intermedio de un letrado; en caso de incapacidad, mediante representante legal; si hubiese fallecido, se encuentran facultados para deducir la acción su esposa, ascendientes, descendientes o hermanos, sin que importe, obviamente, que la pena estuviese ya cumplida, por lo que se infiere que lo que interesa es la rehabilitación del condenado.

Dadas las características del recurso o acción de revisión, las condiciones para su interposición son taxativas y de interpretación restrictiva; las causales provienen, en general, de la legislación italiana y pueden agruparse dentro de dos amplias categorías, a las que ya nos referimos al detallar las que surgen del articulado del Código nacional, a saber:

- a) Las derivadas de la comprobación de deliberadas falsedades o fraudes que llevaron al pronunciamiento condenatorio, y
- b) las que surgen ante la comprobación posterior de hechos nuevos o elementos de prueba que demuestren que la sentencia no se ajustó a la realidad fáctica.

El artículo 489 del Código Procesal Penal de Santa Fe disciplina las causales a través de cuatro incisos. Su redacción es concordante con la seguida en los códigos del sistema mixto. En el primero se establece la procedencia “cuando los hechos establecidos como fundamento de la condena fueren inconciliables con los fijados por otra sentencia penal irrevocable”; esta norma es la que ha dado lugar a más complejas interpretaciones. Núñez señala que “la inconciliabilidad debe existir entre los hechos establecidos como fundamento de la condena en revisión y los hechos fijados a los efectos de la otra

sentencia”⁴⁷, entendiéndose por tal la circunstancia de que algún hecho decisivo de la sentencia cuya revisión se pretende, contradiga palmariamente alguna otra descripción fáctica –fijada con carácter de certeza– en el otro pronunciamiento firme. Núñez ejemplifica señalando que se da esta causal cuando la sentencia recurrida se funda en que el justiciable cometió el hecho punible en un sitio, y la otra sentencia declara que en ese momento el condenado se hallaba en otro lugar.

El inciso 2º presenta la hipótesis de que el pronunciamiento condenatorio de la sentencia recurrida se haya basado en prueba documental o testimonial “cuya falsedad haya sido declarada en fallo posterior irrevocable”.

El tercero contempla situaciones en que la impugnación se fundamenta en la existencia de conductas dolosas que indujeron fraudulenta o falsamente al dictado de la sentencia impugnada. “Si la condena –dice la norma– hubiere sido pronunciada a consecuencia de prevaricato, cohecho, violencia o maquinación fraudulenta”; las tres hipótesis hasta ahora consideradas implican la existencia de otro proceso válido a través del cual se haya arribado a la demostración de la causal pertinente.

El último inciso contempla la situación del surgimiento de nuevas probanzas, como sería el caso de que la pretendida víctima de homicidio apareciese con vida (tema tratado en el filme *El crimen de Cuenca*).

Respecto al trámite, la demanda de revisión debe interponerse ante la Corte Suprema de Justicia del tribunal provincial, en forma fundada y detallada y, en los casos que correspondiere, con los elementos de juicio necesarios e indicaciones precisas de pruebas. Si la demanda resultare en principio admisible, se dispondrán todas las diligencias probatorias. En el supuesto de que las acreditaciones resultaren confirmatorias de la pretensión revisoria, el tribunal anulará

⁴⁷ NUÑEZ, *Código Procesal* cit.

la sentencia impugnada, pudiendo dictar nuevo fallo o remitir al juzgado pertinente las actuaciones para una nueva y correcta sustanciación de la causa. El artículo 496 establece que “si se hiciere lugar a la revisión por resultar inocente el condenado, los daños y perjuicios causados por la condena podrán ser demandados...”

I) *Inaplicabilidad*

El Código santafesino legisla sobre este medio impugnativo al que denomina “recurso de inaplicabilidad de la doctrina legal” y regula en sus artículos 479 a 488 inclusive.

En alguna medida guarda similitudes con aspectos de la casación y tiende al logro de cierta uniformidad jurisprudencial, evitando contradicciones en los fallos.

Procede en contra de sentencia definitiva en la que se contradiga la interpretación de la ley relativa al caso fijada por alguna de las salas de la Cámara de Apelaciones en lo Penal, o por acuerdo plenario de las mismas, dentro del período temporal de cinco años anteriores a la fecha de la resolución recurrida.

El recurso tiene por objeto cuestiones de puro derecho, o si se prefiere, de interpretación jurídica. De ahí que el artículo 480 establezca que “no se admitirá la agregación de documentos ni se podrá ofrecer prueba o denunciar hechos nuevos, ni recusar a los miembros del tribunal”.

Dentro de la legislación santafesina, este medio impugnativo puede interponerse tanto contra sentencias dictadas por una sala en apelación del pronunciamiento de juez de instancia en el proceso escrito, como contra el decisorio de la sala cuando actúa como tribunal de instancia única en el juicio oral. Pero en todos los casos debe tratarse de sentencias definitivas, no correspondiendo ante autos interlocutorios.

La base de la impugnación opera cuando el recurrente alega contradicción entre el pronunciamiento de la sala de

las cámaras o en acuerdo plenario. Por medio de esta impugnación se procura corregir una interpretación que contradice un antecedente, buscando una mayor uniformidad jurisprudencial y, por ende, mayor seguridad jurídica.

El recurso se interpone dentro de los cinco días de notificada la resolución y por ante la misma sala que la dictó. El escrito pertinente deberá estar fundado, planteándose en forma concreta y precisa la contradicción aducida. La sala ante la que se interpuso la impugnación remitirá las actuaciones a la que le siga en turno, que resolverá sobre la admisibilidad; si se resuelve afirmativamente, se concederá el recurso con efecto suspensivo, elevándose las actuaciones a la presidencia de la Cámara, que convocará a los integrantes para que dictaminen, por simple mayoría, si existe o no contradicción; si se resuelve por la presencia de tal contradicción, se fijará la cuestión a resolver y el presidente convocará a Tribunal Plenario (todos los jueces de cámara del fuero penal de la provincia), quienes decidirán por mayoría de votos y según orden de sorteo. La resolución que se dicte establecerá la interpretación de la ley aplicable, la que tendrá carácter obligatorio para todas las Cámaras de Apelación de la provincia durante el plazo de cinco años. Ante esta situación y en el caso de que lo resuelto no sea lo sostenido por la interpretación de la sala recurrida, se anulará el pronunciamiento impugnado, remitiéndose las actuaciones a la que le sigue en turno para que dicte nueva sentencia conforme a la interpretación sentada.

APENDICE TEMATICO BIBLIOGRAFICO

Acción penal

CHIOVENDA, Giuseppe, *La acción en el sistema de los derechos*, trad. del original *L'azione nel sistema dei diritti* (Bologna, 1903) por Santiago Sentís Melendo, Edeval, Valparaíso, 1992.

FENECH, Miguel, *El proceso penal*, Ageda, Madrid, 1982, ps. 282 y ss.

MAIER, Julio B. J., *La acción, el objeto y los sujetos procesales en el Derecho Procesal Penal argentino y alemán*, en *Nuevo pensamiento penal*, año 3, Buenos Aires, 1974, p. 121.

PESSINA, Enrique, *Elementos de Derecho Penal*, trad. de H. González del Castillo, Reus, Madrid, 1936, Libro Tercero, Cap. II, ps. 650 y ss.

Allanamiento

CHIARA DIAZ, Carlos Alberto, *Repercusión de los allanamientos ilegales en el proceso penal*, en J. A. 1986-IV-903.

Bases constitucionales

COUTURE, Eduardo J., *Estudios de Derecho Procesal Civil*, Ediar, Buenos Aires, 1948, t. I, *La Constitución y el proceso*, parte primera, *Tutela constitucional de la justicia*.

MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, Del Puerto, Buenos Aires, 1996.

Casación

ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Perspectivas de la casación*, en *Temas de casación y recursos extraordinarios*, libro en honor de Augusto Mario Morello, Platense, La Plata, 1982.

BERTOLINO, Pedro, *Compendio de la casación penal nacional*, Depalma, Buenos Aires, 1995.

DE LA RUA, Fernando, *El recurso de casación*, Zavalía, Buenos Aires, 1968.

GELSI BIDART, Adolfo, *Alternativas de la casación*, en *Temas de casación y recursos extraordinarios* cit.

HITTERS, Juan, *Fines de la casación*, en *Temas de casación y recursos extraordinarios* cit.

SANDMEYER, Rodolfo, *Función de la casación*, en *Temas de casación y recursos extraordinarios* cit.

VESCOVI, Enrique, *Antecedentes históricos de la casación*, en *Temas de casación y recursos extraordinarios* cit.

Cesura del juicio

MAIER, Julio B. J., *La cesura del juicio penal*, en *Doctrina Penal*, N° 26, Buenos Aires, 1984.

Código de Buenos Aires

BERTOLINO, Pedro, *Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires*, Depalma, Buenos Aires, 1987.

CHIARA DIAZ, Carlos Alberto; ALTUVE, Carlos Alberto; DOMINGUEZ, Federico; HORTEL, Eduardo Carlos; SORIA, Pedro Luis y VAZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo, *Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires comentado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1997.

Código de Corrientes

LEGUIZAMON, Ramón C. y PESSOA, Nelson R., *Código Procesal Penal para la Provincia de Corrientes*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1986.

Código de Entre Ríos

CHIARA DIAZ, Carlos Alberto, *La reforma procesal penal en Entre Ríos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1990.

Delegación de funciones judiciales

BINDER, Alberto M., *Independencia judicial y delegación de funciones: el extraño caso del Dr. Jekyll y Mr. Hyde*, en *Doctrina Penal*, N° 46-47, Buenos Aires, abril-setiembre de 1989, p. 369.

Favor libertatis

LEONE, Giovanni, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1963, p. 188. "El *favor libertatis* debe entenderse como el principio en favor del cual todos los instrumentos procesales deben tender a la rápida restitución de la libertad personal del imputado que esté privado de ella cuando vengan a faltar las condiciones que legitimen el estado de privación de la libertad".

SABATINI, Gius, cit. por LEONE, ob. cit., p. 188. “La posición del sujeto que soporta una limitación en la propia esfera de libertad jurídica está favorecida por el Derecho, en el sentido de que dicha limitación sea siempre lo menos gravosa posible en la reglamentación de los intereses opuestos”.

Favor rei

LEONE, ob. cit., t. I, p. 189. “El principio del *favor rei* debe entenderse como el principio en virtud del cual todos los instrumentos procesales deben tender a la declaración de certeza de la no responsabilidad del imputado y concierne [...] a la declaración de certeza de una posición de mérito en relación a la *notitia criminis*”.

Imputado

CAFFERATA NORES, José Ignacio, *Derechos individuales y proceso penal*, Lerner, Córdoba, 1984.

– *El imputado*, Lerner, Córdoba, 1982.

– *Medidas de coerción en el proceso penal*, Lerner, Córdoba, 1983.

Inadmisibilidad probatoria

CAFFERATA NORES, José Ignacio, *Los frutos del árbol envenenado (la prueba obtenida por quebrantamientos constitucionales)*, en *Doctrina Penal*, N° 35, Buenos Aires, julio-setiembre de 1986, p. 491.

Investigación fiscal

CAFFERATA NORES, José Ignacio, *La investigación fiscal preparatoria como alternativa frente a la investigación jurisdiccional*, en *Doctrina Penal*, N° 40, Buenos Aires, octubre-diciembre de 1987, p. 675.

Inviolabilidad del domicilio

MAIER, Julio B. J., *Inviolabilidad de domicilio*, en *Doctrina Penal*, N° 29, Buenos Aires, 1985, ps. 59 y ss.

Nota a los fallos: “Monticelli de Prozillo, Teresa”, Cám. Nac. Fed. Crim. y Corr., 10-8-84; “Barboza, Carlos Alberto”, *id.*, 24-10-84; “Fiorentino, Diego”, C. S. J. N., 21-5-84.

Jurados

CAVALLERO, Ricardo Jorge y HENDLER, Edmundo, *Justicia y participación (El juicio por jurados en materia penal)*, Universidad, Buenos Aires, 1988.

Comentario al fallo de la Cám. Nac. Pen. Econ., sala II, “F. J. I.”, 22-9-88.

GULLCO, Hernán Víctor, *El juicio por jurados y la Constitución Nacional*, en *Doctrina Penal*, N° 46-47, Buenos Aires, abril-setiembre de 1989, ps. 413 y ss.

Jurisdicción

CABRERA ACOSTA, Benigno, *Teoría general del proceso y de la prueba*, Ibáñez, Bogotá, 1994.

IBAÑEZ FROCHAM, Manuel, *La jurisdicción*, Astrea, Buenos Aires, 1972.

Justicia penal

PAVARINI, Massimo, *Dentro y fuera de la justicia penal*, en *Doctrina Penal*, N° 32, Buenos Aires, 1985, ps. 641 y ss.

Ministerio Público

BERTONI, Eduardo, *La organización del Ministerio Público*.

BRUZZONE, Gustavo, *Fiscales y política criminal. Una aproximación al proceso de selección de los delitos que llegarán al juicio oral*.

CERLETTI, Marco y FOLGUEIRO, Hernán, *El Ministerio Público en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación*.

GUARIGLIA, Fabricio, *Facultades discrecionales del Ministerio Público e investigación preparatoria: el principio de oportunidad*.

– *La investigación preliminar en el nuevo Código Procesal Penal de la Nación; instrucción jurisdiccional versus investigación fiscal preparatoria*.

MAIER, Julio B. J., *El Ministerio Público ¿Un adolescente?*

ROXIN, Claus, *Posición jurídica y tareas futuras del Ministerio Público*.

RUSCONI, Maximiliano, *Reforma procesal y la llamada ubicación institucional del Ministerio Público*, en *El Ministerio Público en el proceso penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.

SAENZ, Ricardo, *El Ministerio Público Penal: principios y propuesta (A propósito del Proyecto de Ley Orgánica para la Justicia Penal y el Ministerio Público)*, en *Doctrina Penal*, N° 46-47, Buenos Aires, abril-setiembre de 1989, ps. 423 y ss.

Non bis in idem

MAIER, Julio B. J., *Inadmisibilidad de la persecución penal múltiple (non bis in idem)*, en *Doctrina Penal*, N° 35, Buenos Aires, julio-setiembre de 1986, p. 415.

Nulidad

CREUS, Carlos, *Invalidez de los actos procesales penales*, Astrea, Buenos Aires, 1992.

MAIER, Julio B. J., *Función normativa de la nulidad*, Depalma, Buenos Aires, 1980.

Oportunidad

ARMENTA DEU, Teresa, *Criminalidad de bagatela y principio de oportunidad en Alemania y España*, P. P. U., Barcelona, 1991.

HASSEMER, Winfried, *La persecución penal, legalidad y oportunidad*, trad. de Silvina Bacigalupo, en *Lecciones y ensayos*, N° 50, Buenos Aires, 1988, ps. 13 y ss.

Pacto de San José

MINVIELLE, Bernadette, *La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) y el enjuiciamiento penal*, en *Doctrina Penal*, N° 41, Buenos Aires, 1988, p. 65.

Precedente judicial (*ratio decidendi*)

MELERO, F. Javier, *Codificación e interpretación judicial en el Derecho Penal*, en L. L. del 23-2-95.

Prescripción

CALVETE, Adolfo, *Prescripción de la acción penal*, DIN Editora, Buenos Aires, 1989.

NUÑEZ, Ricardo C., *Interrupción de la prescripción por la secuela del juicio*, en L. L. 1951-63-559.

PASTOR, Daniel R., *Prescripción de la persecución y Código Procesal Penal*, Del Puerto, Buenos Aires.

Prescripción penal. Secuela del juicio

BINDER, Alberto M., *Prescripción de la acción penal: el indescifrable enigma de la secuela del juicio* (nota a fallo), en *Doctrina Penal*, año 13, Buenos Aires, 1990, p. 275.

Prisión preventiva

CARRANZA, Elías; MORA, Luis P.; HOUED, Mario y ZAFFARONI, Eugenio Raúl, *El preso sin condena en América Latina y el Caribe*, en *Doctrina Penal*, N° 20, Buenos Aires, octubre-diciembre de 1982, ps. 643 y ss.

Procedimientos penales ingleses

JAUREGUI, Carlos, *Generalidades y peculiaridades del sistema penal inglés*, Depalma, Buenos Aires, 1990, Cap. IX.

Proceso

BARRIOS DE ANGELIS, Dante, *Introducción al estudio del proceso*, Depalma, Buenos Aires, 1983.

Recurso extraordinario federal. Admisibilidad

PEYRANO, Jorge Walter, *Requisitos formales de admisión del recurso federal*, en *Temas de casación y recursos extraordinarios*, Platense, La Plata, 1982, ps. 155 y ss.

Recursos

AYAN, Manuel, *Recursos en materia penal (Principios generales)*, Lerner, Córdoba, 1985.

Relaciones entre Derecho Penal, Derecho Procesal Penal y política penal

MAIER, Julio B. J., *Política criminal, Derecho Penal y Derecho Procesal Penal*, en *Doctrina Penal*, Buenos Aires, 1978, ps. 301 y ss.

Relaciones entre Derecho Penal y Derecho Procesal Penal

BINDER, Alberto M., *La aplicación de la dogmática penal en el trabajo cotidiano de los defensores*, en *Revista de Ciencias Jurídicas*, año 1, N° 2.

CAFFERATA NORES, José Ignacio, *Relaciones entre Derecho Penal y Derecho Procesal Penal*, en *Doctrina Penal*, N° 38, Buenos Aires, abril-junio de 1987, p. 209.

– *Proyecto de Reforma Judicial de la República de El Salvador*, San Salvador, enero de 1992.

ROXIN, Claus; ARZT, Gunther y TIEDEMANN, Klaus, *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal*, trad. de Luis Arroyo Zapatero y Juan Luis Gómez Colomer, Ariel, Barcelona, 1989.

Sobreseimiento

ARSLANIAN, León Carlos, *Sobreseimiento provisional y desprocesamiento*, en *Doctrina Penal*, N° 25, Buenos Aires, 1984.

Suspensión del juicio a prueba

DE OLAZABAL, Julio, *Suspensión del proceso a prueba (Análisis de la ley 24.316. "Probation")*, Astrea, Buenos Aires, 1994.

LLUSA DE DOLDAN, Alicia, *Suspensión del juicio a prueba*, en *Zeus* del 27-2-95, t. 67, N° 5120.

PESSOA, Nelson R., *Suspensión del juicio a prueba: esquema de un análisis de la ley 24.316*, en *J. A.* del 15-2-95, N° 5920. Análisis dogmático.

Víctima

SCHNEIDER, Hans Joachim, *La posición jurídica de la víctima del delito en el Derecho y en el proceso penal*, en *Doctrina Penal*, N° 46-47, Buenos Aires, abril-setiembre de 1989, ps. 307 y ss.

BIBLIOGRAFIA GENERAL

- ABALOS, Raúl W., *Derecho Procesal Penal*, Cuyo, Mendoza, 1993.
- ALBERDI, Juan Bautista, *Bases y puntos de partida para la organización política de la República Argentina*, Eudeba, Buenos Aires, 1966.
- ALBRECHT y AMADEO, *La competencia penal*, Depalma, Buenos Aires, 1996.
- ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, Niceto, *Los recursos en nuestras leyes procesales*, Góngora, Madrid, 1934.
- *Nuevos estudios de Derecho Procesal*, Tecnos, Madrid, 1980.
- ALCALA ZAMORA Y CASTILLO, Niceto y LEVENE (h), Ricardo, *Derecho Procesal Penal*, Kraft, Buenos Aires, 1945.
- ALMAGRO NOSETE, José, *Constitución y proceso*, Bosch, Barcelona, 1984.
- ALMAGRO NOSETE y TOME PAULE, *Instituciones de Derecho Procesal*, Madrid, 1993.
- ALSINA, Hugo, *Tratado teórico práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*, Ediar, Buenos Aires, 1965.
- ALTHUSSER, L., *Montesquieu: la política y la historia*, trad. de E. Benítez, Bosch, Barcelona, 1979.
- ALVARADO VELLOSO, Adolfo, *Introducción al estudio del Derecho Procesal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1988.
- ALVAREZ, Alejandro, *El nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico*, Del Puerto, Buenos Aires, 1993.
- AMODIO, Emilio y DOMINIONI, Oreste, *Commentario del nuovo Codice di Procedure Penale*, Milano, 1989.
- ARAGONESES ALONSO, *Instituciones de Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1981.
- ARMENTA DEU, Teresa, *Principio acusatorio y Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1995.

AUTORES VARIOS, *Congreso regional sobre la reforma de la justicia penal*, ILANUD, Guatemala, 1991.

- *Debate sobre el proyecto de Código Procesal Penal de Santa Fe*, Secretaría de Posgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santa Fe, 1994.
- *El jurado, sí: ¿pero cómo y cuándo?*, Consejo General del Poder Judicial, Barcelona, 1992.
- *Hacia una justicia más efectiva*, en *XVII Congreso Nacional de Derecho Procesal*, La Ley, Buenos Aires, 1996.
- *Hacia una nueva justicia penal*, Simposium internacional sobre la transformación de la justicia penal, Consejo para la consolidación de la democracia, Buenos Aires, 1989.
- *Justicia, proceso y sociedad*, Secretaría de Posgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santa Fe, 1995.
- *Libro de ponencias*, en *XVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal*, Secretaría de Posgrado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Santa Fe, 1995.
- *O novo Código de Processo Penal*, Centro de Estudos Judiciários, Coimbra, 1992.
- *Situación y políticas judiciales en América Latina*, en *Cuadernos de análisis jurídico*, Santiago de Chile, 1993.

AYAN, Manuel, *Recursos en materia penal*, Lerner, Córdoba, 1985.

AYAN, Manuel N.; CAFFERATA NORES, José Ignacio y colaboradores, *Estudio sobre el nuevo Código Procesal Penal de Córdoba. Ley 8123*, Lerner, Córdoba, 1993.

BANDRES SANCHEZ-CRUZAT, *Derecho fundamental al proceso debido*, Aranzadi, Madrid, 1992.

BARRIOS DE ANGELIS, Dante, *Introducción al estudio del proceso*, Depalma, Buenos Aires, 1983.

– *Teoría del proceso*, Depalma, Buenos Aires, 1979.

BARRIOS GONZALEZ, Boris, *Estudio de Derecho Procesal Penal panameño*, Jurídica Bolivariana, Panamá, 1996.

BARTOLONI FERRO, Abraham, *El proceso penal y los actos jurídicos procesales penales*, Castellví, Santa Fe, 1942.

BAUMANN, Jürgen, *Derecho Procesal Penal*, trad. de la 3ª ed. alemana por Conrado A. Finzi, Depalma, Buenos Aires, 1986.

BECCARIA, César, *De los delitos y las penas*, trad. de Tomás y Valiente, Aguilar, Madrid, 1974.

- BELING, Ernst, *Derecho Procesal Penal*, trad. de Miguel Fenech, Labor, Barcelona, 1934.
- BERGALLI, Roberto, *Estado democrático y cuestión judicial*, Depalma, Buenos Aires, 1984.
- BERGALLI, Roberto y BUSTOS, Juan (directores), *El poder penal del Estado*, Depalma, Buenos Aires, 1985.
- BERTOLINO, Pedro, *Código de Procedimiento Penal de la Provincia de Buenos Aires*, Depalma, Buenos Aires, 1991.
- *Compendio de la casación penal*, Depalma, Buenos Aires, 1995.
 - *El debido proceso penal*, Platense, La Plata, 1986.
 - *El funcionamiento del Derecho Procesal Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1985.
 - *Proceso penal y servicio de justicia*, Platense, La Plata, 1992.
- BETTIOL, Giuseppe, *Instituciones de Derecho Penal y Procesal*, trad. de Gutiérrez Alvis, Bosch, Barcelona, 1977.
- BIDART CAMPOS, Germán, *Derecho Constitucional*, Ediar, Buenos Aires, 1969.
- BIELSA, Rafael, *Derecho Constitucional*, Depalma, Buenos Aires, 1959.
- BINDER, Alberto M., *Introducción al Derecho Procesal Penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.
- BLANDO, Oscar M., *Detención policial por averiguación de antecedentes*, Juris, Rosario, 1995.
- BRISEÑO SIERRA, Humberto, *Derecho Procesal*, Cárdenas, México, 1969.
- BÜSSER, Roberto e ITURRALDE, Norberto, *El juicio con debate oral*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1993.
- BUSTOS RAMIREZ, Juan, *Control social y sistema penal*, P. P. U., Barcelona, 1987.
- CABRERA ACOSTA, Benigno, *Teoría general del proceso y de la prueba*, Ibáñez, Bogotá, 1994.
- CAFFERATA NORES, José Ignacio, *El imputado*, Lerner, Córdoba, 1982.
- *La excarcelación*, Depalma, Buenos Aires, 1986.
 - *La prueba en el proceso penal*, Depalma, Buenos Aires, 1986.
 - *Medidas de coerción en el proceso penal*, Lerner, Córdoba, 1983.
- CARNELUTTI, Francesco, *Cuestiones sobre el proceso penal*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1961.
- *Lecciones sobre el proceso penal*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1950.

- CALAMANDREI, Piero, *Proceso y democracia*, trad. de Héctor Fix Zamudio, Ejea, Buenos Aires, 1960.
- CARRARA, Francisco, *Programa de Derecho Criminal*, trad. de Ortega Torres, Temis, Bogotá, 1972.
- CARRIO, Alejandro, *Garantías constitucionales en el proceso penal*, Hammurabi, Buenos Aires, 1984.
- *Justicia criminal*, Lerner, Buenos Aires, 1986.
 - *La libertad durante el proceso penal y la Constitución Nacional*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988.
- CASSIRER, Ernst, *Filosofía de la ilustración*, trad. de Eugenio Imaz, Fondo de Cultura Económica, México, 1972.
- CAVALLERO, Ricardo Jorge y HENDLER, Edmundo, *Justicia y participación*, Universidad, Buenos Aires, 1988.
- CLARIA OLMEDO, Jorge, *Derecho Procesal*, Depalma, Buenos Aires, 1983.
- *Derecho Procesal Penal*, Lerner, Córdoba, 1985.
 - *El proceso penal*, Depalma, Buenos Aires, 1994.
 - *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Ediar, Buenos Aires, 1968.
- COBOS DEL ROSAL, M. y VIVES ANTON, T. S., *Derecho Penal*, Universidad de Valencia, Valencia, 1980.
- Colegio de Abogados de La Plata, *Congreso internacional de oralidad en materia penal*, La Plata, 1995.
- Comisión Bicameral, *Anteproyecto de Código Procesal Penal de la Provincia de Santa Fe*, Juris, Rosario, 1993.
- COSACOV, Gustavo, *El mito de la no impunidad*, Centro de Investigaciones Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, 1988.
- CREUS, Carlos, *Derecho Procesal Penal*, Astrea, Buenos Aires, 1996.
- *Invalidez de los actos procesales penales*, Astrea, Buenos Aires, 1995.
 - *La acción resarcitoria en el proceso penal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1985.
 - *Reparación del daño producido por el delito*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995.
- CHIARA DIAZ, Carlos Alberto, *Código Procesal Penal de la Provincia de Entre Ríos*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1990.
- CHIARA DIAZ, Carlos Alberto; ALTUVE, Carlos Alberto; DOMINGUEZ, Federico; HORTEL, Eduardo Carlos; SORIA, Pedro Luis y VAZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo, *Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires comentado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1997.
- CHIAVARIO, Mario, *La riforma del processo penale*, Torino, 1988.

- DA COSTA TOURINHO (filho), Fernando, *Processo penal*, Saraiva, São Paulo, 1986.
- DAVO ESCRIBA, Francisco, *El tribunal del jurado*, Colex, Madrid, 1988.
- D'ALBORA, Francisco J., *Código Procesal Penal de la Nación*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1996.
- *Curso de Derecho Procesal Penal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987.
 - *La justicia federal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1968.
- DE LA RUA, Fernando, *El recurso de casación*, Zavallía, Buenos Aires, 1968.
- *La casación penal*, Depalma, Buenos Aires, 1994.
 - *Proceso y justicia*, Lerner, Buenos Aires, 1980.
 - *Teoría general del proceso*, Depalma, Buenos Aires, 1991.
- DE OLAZABAL, Julio, *La libertad del imputado*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1991.
- *Suspensión del proceso a prueba*, Astrea, Buenos Aires, 1994.
- DEMANDT, Alexander, *Los grandes procesos*, trad. de E. Gavilán, Crítica, Barcelona, 1989.
- DEVIS ECHIANDIA, Hernando, *Teoría general del proceso*, Universidad, Buenos Aires, 1984.
- DONNA, Edgardo A. y MAIZA, María C., *Código Procesal Penal de la Nación*, Astrea, Buenos Aires, 1994.
- ELBERT, Carlos y GULLCO, Hernán Víctor, *Ejercicios de Derecho Penal y de Derecho Procesal Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1992.
- ESCRICHE, Joaquin, *Examen histórico crítico de la institución del jurado*, Madrid, 1844.
- FABRINI MIRABETE, Julio, *Processo penal*, Atlas, São Paulo, 1993.
- FAIREN GUILLEN, *Doctrina general de Derecho Procesal*, Bosch, Barcelona, 1990.
- FENECH, Miguel, *Derecho Procesal Penal*, Bosch, Barcelona, 1952.
- *El proceso penal*, Agesa, Madrid, 1982.
- FERNANDEZ BOIXANDER, *El abogado ante el recurso de casación penal*, Santillana, Madrid, 1977.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derecho y razón*, Trotta, Madrid, 1995.
- FERRATER MORA, José, *Diccionario de filosofía*, Sudamericana, Buenos Aires, 1965.
- FIERRO, Guillermo, *La ley penal y el Derecho Internacional*, Depalma, Buenos Aires, 1987.

- FLORIAN, Eugenio, *Elementos de Derecho Procesal Penal*, trad. de Prieto Castro, Bosch, Barcelona, 1934.
- FORNATTI, Enrique, *Excepciones en el proceso penal*, Valerio Abeledo, Buenos Aires, 1952.
- FORNER, Juan Pablo, *Discurso sobre la tortura*, de trad. de M. de Rivacoba, Edeval, Valparaíso, 1990.
- FOUCAULT, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, trad. de Enrique Lynch, Gedisa, Barcelona, 1980.
- *La vida de los hombres infames*, trad. de Varela y Alvarez Huría, La Piqueta, Madrid, 1990.
 - *Microfísica del poder*, trad. de Varela y Alvarez Huría, La Piqueta, Madrid, 1979.
 - *Vigilar y castigar*, trad. de A. Garzón del Camino, Siglo XXI, México, 1978.
- GARBERI LLOBREGAT, *La ausencia del acusado en el proceso penal*, Colex, Madrid, 1992.
- GIMENO SENDRA, Vicente, *Constitución y proceso*, Tecnos, Madrid, 1988.
- Gobierno de la Provincia de Córdoba, *Reforma judicial*, Ministerio de Gobierno, Córdoba, 1990.
- GOLDSCHMIDT, James, *Problemas jurídicos y políticos del proceso penal*, Ejea, Buenos Aires, 1961.
- GOMEZ COLOMER, Juan, *El proceso penal alemán*, Bosch, Barcelona, 1985.
- *El proceso penal especial ante el tribunal de jurado*, Cívitas, Madrid, 1996.
- GOMEZ DE LA SERNA, P., *Introducción histórica al Código de Don Alfonso el Sabio*, Madrid, 1872.
- GOMEZ DE LIAÑO, F., *El proceso penal ante el tribunal del jurado*, Forum, Oviedo, 1995.
- *El proceso penal*, Forum, Oviedo, 1989.
- GOMEZ DEL CASTILLO y UGALDE GONZALEZ, *Procesos penales ordinarios y especiales*, Tecnos, Madrid, 1991.
- GUARNERI, José, *Las partes en el proceso penal*, trad. de Cesáreo Bernaldo de Quirós, Cajica, Puebla, 1952.
- HENDLER, Edmundo S., *Derecho Penal y Procesal Penal de los Estados Unidos, Ad-Hoc*, Buenos Aires, 1996.
- HERRENDORF, Daniel y BIDART CAMPOS, Germán, *Principios de Derechos Humanos y garantías*, Ediar, Buenos Aires, 1991.
- HITTERS, Juan Carlos, *Técnica de los recursos extraordinarios*, Platense, La Plata, 1984.

- HOBBS, Thomas, *Leviatán*, trad. de Sánchez Sarto, Fondo de Cultura Económica, México, 1940.
- IBAÑEZ FROCHAM, Manuel, *La jurisdicción*, Astrea, Buenos Aires, 1972.
- JAUCHEN, Eduardo M., *La prueba en materia penal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1992.
- JESCHECK, Hans-Heinrich, *Tratado de Derecho Penal*, trad. de J. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Bosch, Barcelona, 1981.
- JIMENES ASENJO, Enrique, *Derecho Procesal Penal*, Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967.
- LEONE, Giovanni, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, trad. de Santiago Sentís Melendo, Ejea, Buenos Aires, 1963.
- LINARES, Juan Francisco, *Razonabilidad de las leyes*, Astrea, Buenos Aires, 1989.
- LONDOÑO JIMENEZ, Hernando, *Tratado de Derecho Procesal Penal*, Temis, Bogotá, 1989.
- LOPEZ MUÑOZ, Gustavo, *El auténtico hábeas corpus*, Colex, Madrid, 1992.
- LORCA NAVARRETE, *Derecho Procesal Penal*, Madrid, 1988.
- LUCCHINI, Edmundo, *Elementi de procedura penale*, Barbero, Firenze, 1895.
- LUGONES, Narciso, *Recurso extraordinario*, Depalma, Buenos Aires, 1992.
- LUZON CUESTA, José María, *El recurso de casación penal*, Colex, Madrid, 1993.
- MAIER, Julio B. J., *Derecho Procesal Penal*, Del Puerto, Buenos Aires, 1996.
- *Función normativa de la nulidad*, Depalma, Buenos Aires, 1980.
 - *La ordenanza procesal penal alemana*, Depalma, Buenos Aires, 1982.
 - *Presentación y exposición de motivos al proyecto de Código Procesal Penal de la Nación*, en *Cuadernos de Doctrina Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1987.
 - *Sobre la libertad del imputado*, Lerner, Buenos Aires, 1981.
- MAIER, Julio B. y otros, *El Ministerio Público en el proceso penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.
- MANZINI, Vincenzo, *Derecho Procesal Penal*, Ejea, Buenos Aires, 1954.
- MELOSSI, Darío, *El Estado del control social*, trad. de Mur U., Siglo XXI, México, 1992.
- MILLER, Jonathan; GELLI, María Angélica y CAYUSO, Susana, *Constitución y Derechos Humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1991.
- Ministerio de Justicia de la República de El Salvador, *Memoria de la Conferencia Iberoamericana sobre Reforma de la Justicia Penal*, San Salvador, 1991.
- MOMMSEN, Theodor, *Compendio de Derecho Público Romano*, trad. de P. Dorado, La España Moderna, Madrid.

- MORAS MOM, Jorge R., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992.
- *Procedimiento penal por delito de acción privada*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1994.
- MORELLO, Augusto Mario, *El recurso extraordinario*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1987.
- *La casación*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1983.
- MORENO CATENA, GIMENO SENDRA, CORTES DOMINGUEZ y ALMAGRO NOSETE, *Proceso penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1993.
- NINO, Carlos Santiago, *Ética y Derechos Humanos*, Astrea, Buenos Aires, 1989.
- *Los límites de la responsabilidad penal*, Astrea, Buenos Aires, 1980.
- NUÑEZ, Ricardo C., *Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba*, Lerner, Córdoba, 1978.
- *Tratado de Derecho Penal*, Lerner, Córdoba, 1978.
- ONUSAL, *Aplicación de las normas internacionales de Derechos Humanos*, San Salvador, 1994.
- PAGANO, F. M., *Considerazioni sul processo criminale*, Napoli, 1799.
- PALACIO, Lino Enrique, *Derecho Procesal Civil*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1988.
- *El recurso extraordinario federal*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1992.
- PAVARINI, Massimo, *Control y dominación*, Siglo XXI, México, 1988.
- PELLEGRINI GRINOVER, Ada; SCARANCA FERNANDES, Antonio y MARGALHÃES, Antonio, *As nulidades no processo penal*, Malheiros, São Paulo, 1995.
- *Recursos*, en *Revista dos Tribunais*, São Paulo, 1996.
- PEREZ LUÑO, Antonio, *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 1993.
- PESSINA, Enrique, *Elementos de Derecho Penal*, trad. de H. González del Castillo, Reus, Madrid, 1936.
- PESSOA, Nelson R., *Código Procesal Penal para la Provincia de Corrientes*, Mave, Corrientes, 1996.
- *Fundamentos constitucionales de la exención de prisión y de la excarcelación*, Hammurabi, Buenos Aires, 1992.
- PRIETO CASTRO y GUTIERREZ DE CABIEDES, *Derecho Procesal Penal*, Tecnos, Madrid, 1978.
- QUIROGA LAVIE, Humberto, *Constitución de la Ciudad de Buenos Aires*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996.

- RAMOS MENDEZ, Francisco, *Derecho y proceso*, Bosch, Barcelona, 1978.
- Revistas *Doctrina Penal, Juris, Lecciones y Ensayos, No hay Derecho y De Ciencias Jurídicas*, indicándose en las notas respectivas los artículos pertinentes.
- ROJAS VIA, Benigno, *Código de procedimientos penales*, Instituto de Ciencias Penales del Paraguay, Intercontinental, Asunción, 1996.
- ROXIN, Claus y otros, *De los delitos y de las víctimas*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1992.
- ROXIN, Claus; ARZT, Gunther y TIEDEMANN, Klaus, *Introducción al Derecho Penal y al Derecho Procesal Penal*, trad. de L. Arroyo Zapatero y J. L. Gómez Colomer, Ariel, Barcelona, 1989.
- RUBIANES, Carlos J., *Manual de Derecho Procesal Penal*, Depalma, Buenos Aires, 1976.
- SAGÜES, Néstor Pedro, *Hábeas corpus*, Astrea, Buenos Aires, 1988.
- *Recurso extraordinario*, Depalma, Buenos Aires, 1984.
- SCHMINCK-GUSTAVUS, C. U., *El renacimiento del Leviatán*, trad. de M. A. Aparicio, Barcelona, 1982.
- SILVA JARDIM, Afranio, *Direito Processual Penal*, Forense, Rio de Janeiro, 1992.
- SOSA ARDITTI, Enrique y FERNANDEZ, José, *Juicio oral en el proceso penal*, Astrea, Buenos Aires, 1994.
- SUA MOREY, Jaime, *Tutela constitucional de los recursos en el proceso penal*, Bosch, Barcelona, 1995.
- TOMAS Y VALIENTE, Francisco, *El Derecho Penal de la monarquía absoluta*, Tecnos, Madrid, 1992.
- TORRES, Sergio, *Nulidades en el proceso penal*, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1993.
- TUBENCHLAK, James, *Tribunal do júri*, Forense, Rio de Janeiro, 1991.
- TURBERVILLE, Arthur Stanley, *La Inquisición española*, trad. de Malagón y Percña, Fondo de Cultura Económica, México, 1985.
- VAZQUEZ IRUZUBIETA, Carlos y CASTRO, Roberto A., *Procedimiento penal mixto*, Plus Ultra, Buenos Aires, 1983.
- VAZQUEZ ROSSI, Jorge Eduardo, *Cursø de Derecho Procesal Penal*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1985.
- *El Código Procesal Penal de la Nación*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1992.
- *El Derecho Penal de la democracia*, Universidad Nacional del Litoral, Santa Fe, 1993.
- *La defensa penal*, 3ª ed. actualizada, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1996.
- *La protección jurídica del honor*, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995.

- VAZQUEZ SOTELO, *Presunción de inocencia e íntima convicción del tribunal*, Bosch, Barcelona, 1984.
- VELEZ MARICONDE, Alfredo, *Derecho Procesal Penal*, Lerner, Córdoba, 1981.
- *Exposición de motivos al Código Procesal Penal de la Provincia de Mendoza*, Cuyo, Mendoza, 1996.
- ZAVALA BAQUERIZO, Jorge, *El proceso penal*, Edino, Bogotá, 1989.
- ZAVALIA, Clodomiro, *Derecho Federal*, Kraft, Buenos Aires, 1941.
- ZIPF, Heinz, *Introducción a la política criminal*, trad. de M. Izquierdo, Edersa, Madrid, 1979.
- ZUÑIGA MORALES, Ulises, *Código de procedimientos penales*, Investigaciones Jurídicas, San José de Costa Rica, 1993.

INDICE SUMARIO

CAPITULO XI

EL PROCESO PENAL

1. Acción y proceso.....	7
2. Consideraciones generales. Proceso y procedimientos.....	9
3. El concepto de proceso.....	12
4. La función del proceso.....	15
5. El proceso penal.....	19
6. El proceso penal en la historia.....	21
7. Las etapas del proceso penal.....	25

CAPITULO XII

LOS MODOS Y FORMAS DE MANIFESTACION Y REALIZACION DEL PROCESO PENAL

1. Consideraciones generales. Enfoque a seguir.....	29
2. El hecho, el acto y el negocio jurídico.....	30
3. Los actos jurídico-procesales.....	36
4. Caracteres de los actos jurídico-procesales.....	37
A) Legalidad.....	37
B) Procedibilidad.....	38
C) Objetividad.....	39
D) Expresividad.....	39
E) Formalidad.....	39
F) Voluntariedad.....	40
G) Oportunidad.....	42
5. Los distintos tipos de actos procesales. Clasificación.....	43

A) Constitutivos	44
B) Enunciativos	45
C) Operativos	45
D) Posicionales	46
E) Decisorios	47
F) Impugnatorios	48
G) Ejecutorios	49
6. Los actos procesales en el desarrollo del proceso	50
7. El tiempo y los actos procesales. Oportunidad de los mismos. Plazos y términos. Preclusión	51
8. Lugar de realización de los actos procesales	59

CAPITULO XIII

LOS SUJETOS PROCESALES

1. Consideraciones generales	61
2. Las partes dentro del proceso penal	62
3. Las partes acusadoras	68
A) Ministerio Fiscal	69
B) El querellante	71
4. El imputado	71
A) Momento desde el cual se asume la calidad de imputado	75
B) Mantenimiento de la calidad de imputado	79
C) Derechos del imputado	80
D) Individualización, presencia y ausencia (rebeldía) del imputado	82
5. El defensor	85
A) Defensor particular o de confianza	89
B) Defensor de oficio	92
C) Facultades, funciones y deberes del defensor penal	96
6. Las partes civiles	98
A) Actor civil	98
B) El civilmente accionado	99
7. La víctima	100
8. Sujetos relacionados con los medios y producción probatoria	102

CAPITULO XIV

EL ORGANO JURISDICCIONAL

.....	105
1. La jurisdicción. Concepto. Presupuestos socio-políticos	106
2. El juez penal	116
3. Antecedentes históricos.....	119
4. El Poder Judicial argentino.....	125
5. Organización judicial.....	130
6. Condiciones generales de la magistratura penal	137
7. Designación	141
8. Las condiciones particulares para el desempeño como juez en el caso concreto.....	144
A) Competencia	144
a) Competencia federal	146
b) Competencia ordinaria.....	148
c) Cuestiones de competencia.....	151
B) Imparcialidad en el caso.....	153
a) Circunstancias relativas a la vinculación del juzgador con la causa	154
b) Circunstancias relativas a la vinculación del juzgador con las personas involucradas dentro del proceso	159
c) Excusación y recusación	161
9. El personal de los juzgados (colaboradores del órgano jurisdiccional).....	162
10. El jurado	166

CAPITULO XV

EL JURADO EN CAUSAS PENALES

1. Introducción.....	167
2. Los antecedentes históricos y nociones sobre la cuestión en el Derecho Comparado.....	170
A) Los antecedentes clásicos.....	170
B) El Derecho anglosajón	173

C) El modelo francés y el desarrollo en los países de la Europa continental	175
D) La cuestión en España	176
E) El instituto en Latinoamérica.	180
3. El jurado en el constitucionalismo argentino	185
Ponencia	195

CAPITULO XVI

LA DEFENSA

1. La defensa como expresión genérica de los derechos del imputado.	197
2. Ambito normativo del derecho de defensa	205
3. Principales manifestaciones del derecho de defensa.	207
A) Cumplimiento de las garantías constitucionales y normas fundamentales.	208
B) Derecho a la jurisdicción	208
C) Derecho al conocimiento de la atribución delictiva.	209
D) Derecho a ser oído	210
E) Ofrecimiento y control de pruebas	211
F) Derecho a contar con asesoramiento técnico	211
4. Defensa material y defensa técnica	211
A) Manifestaciones de defensa material. La declaración del imputado	212
B) Derecho a designación de defensor.	215
5. Tipos de defensa técnica.	216
A) Autodefensa.	217
B) Defensor oficial.	217
C) Defensor particular	219
6. Naturaleza jurídica del defensor.	221
7. Designación del defensor	225
8. Funciones del defensor	226
9. Defensa de mérito y defensa de excepción.	229

CAPITULO XVII

LA LIBERTAD DEL IMPUTADO Y LAS MEDIDAS CAUTELARES Y COERCITIVAS

1. Aproximación al tema.....	233
2. Las medidas cautelares.....	237
3. Las medidas de coerción.....	242
4. Coerción personal.....	244
5. El tema dentro de la exégesis constitucional.....	251
6. Los medios legales para la recuperación de la libertad del imputado detenido.....	256
A) Excarcelación.....	256
B) Supuestos obstativos de la excarcelación.....	258
C) Cesación de prisión.....	259
D) Libertad por falta de mérito.....	263
7. Cauciones. Medidas asegurativas alternativas.....	264
8. La acción de hábeas corpus.....	268
9. Conclusiones.....	274

CAPITULO XVIII

LA CUESTION PROBATORIA

1. Consideraciones generales. La prueba como cuestión central de la práctica judicial penal.....	277
2. Nociones sobre la evolución histórica.....	281
3. La búsqueda de la verdad.....	283
4. El conocimiento judicial.....	295
5. Sobre el fin y objeto de la prueba.....	300
6. La carga de la prueba.....	304
7. La regulación legal.....	308
8. Medios de prueba.....	312
9. De los medios de prueba en particular.....	314
A) Inspecciones judiciales.....	315
a) Lugar.....	316
b) Cosas u objetos.....	316
c) Personas.....	316

d) Estado mental	317
e) Cadáveres	317
B) Reconstrucción del hecho	317
C) Interrogatorio del imputado. Prueba confesional	318
D) El asesoramiento técnico. La peritación	321
E) Prueba testimonial	324
F) Careos	330
G) Reconocimientos	331
H) Documentales	333
I) Otros medios de prueba	335
10. La actividad probatoria en el desarrollo del proceso	337
11. La valoración de la prueba	340

CAPITULO XIX

EL DESARROLLO DEL PROCESO

1. Consideraciones generales	345
2. La noticia del delito	348
A) Consideraciones generales	348
B) La denuncia	352
C) Regulación legal. Facultad de denunciar	353
D) Obligación de denunciar	354
E) Prohibición de denunciar	357
F) Denuncia anónima	358
G) Autoridades receptoras de la denuncia. Admisión	359
H) Querrela	360
3. La necesidad de una etapa investigativa previa	361
4. La instrucción formal	364
A) Fines y características de la etapa instructoria	365
B) Inicio y desarrollo de la instrucción formal	370
a) Actividad probatoria	372
b) Declaración indagatoria	372
c) Definición por auto de la situación del imputado	375
C) Clausura de la instrucción y etapa intermedia	383
5. La investigación fiscal preparatoria	385

A) Antecedentes	385
B) El desarrollo de la actividad fiscal investigativa	390
C) El fin de la investigación y la formulación de la acusación	393
6. La suspensión del proceso	395

CAPITULO XX

EL JUICIO

1. El juicio como etapa fundamental del proceso penal	399
2. Nociones sobre la evolución histórica	404
3. Principios rectores y características del juicio	408
4. Los actos preliminares	415
5. La prueba en el juicio	419
6. La audiencia de debate	423
A) Características	423
B) Desarrollo	425
C) Alegatos y conclusiones. La pretensión fiscal	427
7. Juicios especiales	433
A) Juicio correccional	434
B) Procedimiento por delitos de acción de ejercicio privado	435
C) Procedimientos abreviados	435
D) Procedimiento por faltas	439
E) Procedimientos especiales de conciliación	440
F) Extradición	441
G) Procedimiento con imputados menores	442
H) Juicio ante jurados	443

CAPITULO XXI

SENTENCIA Y MEDIOS IMPUGNATIVOS

1. La finalización del proceso	445
2. La sentencia	447
3. Requisitos de la sentencia	450
A) Formales o extrínsecos	450

B) Intrínsecos o en relación al contenido de la causa	451
C) Valorativos o de mérito	453
D) Temporales	457
4. Efectos de la sentencia	458
5. Impugnaciones	461
6. Nociones sobre la evolución histórica	466
7. La regulación internacional. Los recursos como garantías	468
8. Clasificación de los medios impugnativos	472
A) Recursos ordinarios y extraordinarios	472
B) Suspensivos y no suspensivos	474
C) Otras clasificaciones	475
9. Las regulaciones normativas generales en materia de recursos	476
10. Medios impugnativos en particular. Conceptos y características	478
A) Revocatoria	478
B) Apelación	480
C) Nulidad	483
D) Queja	485
E) Casación	487
F) Inconstitucionalidad (legislación provincial)	492
G) Recurso extraordinario federal	495
H) Recurso de revisión	499
I) Inaplicabilidad	503
 APÉNDICE TEMÁTICO BIBLIOGRÁFICO	 505
BIBLIOGRAFÍA GENERAL	511

LA COMPOSICION Y DIAGRAMACION SE REALIZO EN RUBINZAL - CULZONI EDITORES
Y SE TERMINO DE IMPRIMIR EL 17 DE JULIO DE 1997 EN LOS
TALLERES GRAFICOS DE IMPRENTA LUX S. R. L., H. YRIGOYEN 2463, SANTA FE